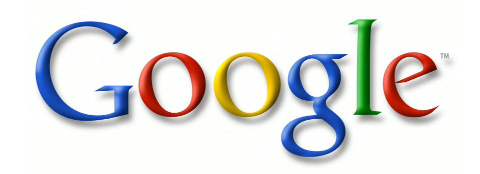
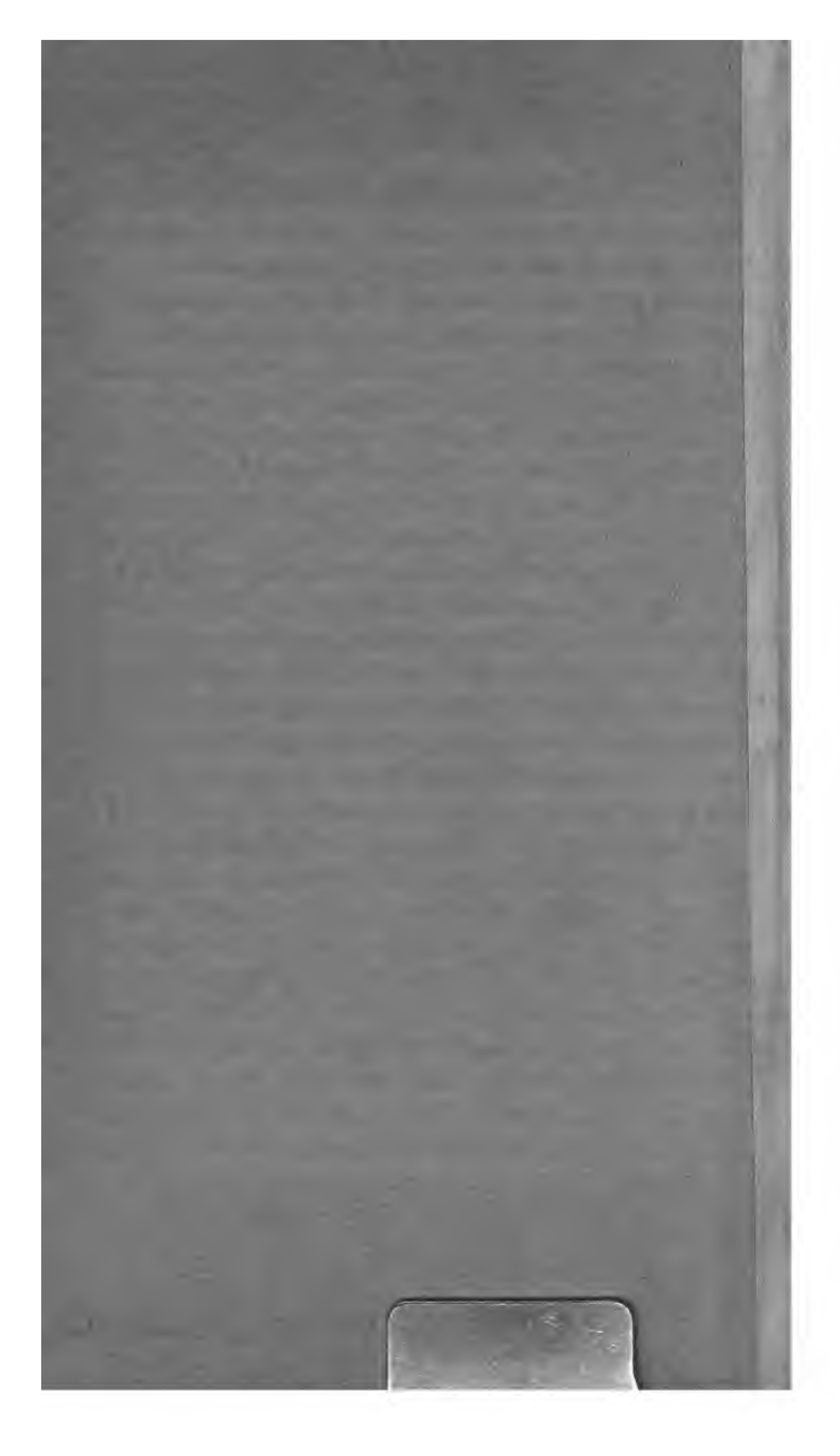












KRITISCHE BEITRÄGE
ZUR
STRAFRECHTSREFORM

F I. A.

HERAUSGEGEBEN

UNTER MITWIRKUNG
VERSCHIEDENER GELEHRTER

VON

PROF. DR. BIRKMEYER UND PROF. DR. NAGLER
MÜNCHEN BASEL



LEIPZIG
VERLAG VON WILHELM ENGELMANN
1908

DIE VERGELTUNGSIDEE UND IHRE BEDEUTUNG FÜR DAS STRAFRECHT

VON

DR. ERNST BELING



LEIPZIG
VERLAG VON WILHELM ENGELMANN
1908

Vorbemerkung der Herausgeber.

In dem für die bevorstehende neue deutsche Strafgesetzgebung so überaus wichtigen Streit der sog. klassischen und der sog. soziologischen oder modernen Schule des Strafrechts sind die Anhänger der ersteren bis jetzt nur verhältnismäßig wenig zu Wort gekommen. Diese — wie sich je länger je mehr herausstellt inopportune — Zurückhaltung hat mancherlei Ursachen; nicht zuletzt beruht sie auf dem Fehlen einer Organisation, wie sie die Soziologen in der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung besitzen, auf deren Allgemeinen und Landes-Versammlungen ihre Anschauungen immer wieder proklamiert werden, um dann in den Zeitungen und in den „Mitteilungen der IKV." die weiteste Verbreitung unter den Juristen wie unter den Laien zu finden.

Die Unterzeichneten hielten daher jetzt, wo der erste Entwurf des neuen Strafgesetzbuches im Entstehen begriffen ist, den richtigen Augenblick für gekommen, um die deutschen Gegner der soziologischen Ideen zu einer gemeinsamen umfassenden und eingehenden Prüfung und Widerlegung der von den Soziologen propagierten, teils unklaren und unausgegorenen, teils irrigen und die Gesetzgebung zu gefährlichen Experimenten verführenden Lehren aufzurufen. Wir waren uns wohl bewußt, daß dabei nicht unerhebliche Differenzen in den Auffassungen unserer Gesinnungsgenossen selbst zutage treten würden. Allein auch bei den „Modernen" fehlt es nicht an tiefgehenden Meinungsverschiedenheiten; sie sind eine Begleiterscheinung jedes regen wissenschaftlichen Lebens; und jeden-

falls besteht bei uns in den grundlegenden Fragen des Strafrechts volle Einigkeit.

Unserer Aufforderung zur gemeinsamen Arbeit hat eine große Anzahl Gelehrter Folge geleistet. Andere sahen sich aus verschiedenen äußeren Gründen zu ihrem eigenen und zu unserem lebhaften Bedauern an der Mitwirkung verhindert, haben uns aber ihrer prinzipiellen Zustimmung ausdrücklich versichert.

Die Einzel-Abhandlungen unserer Herren Mitarbeiter werden in zwangloser Aufeinanderfolge veröffentlicht werden. Wie sie in absoluter wissenschaftlicher Selbständigkeit verfaßt sind, gehen sie unter der ausschließlichen literarischen Verantwortlichkeit der einzelnen Autoren. Durch ein Arbeitsprogramm, auf Grund dessen die einzelnen Herren Mitarbeiter sich das Thema für ihre Abhandlung gewählt haben, ist dafür Sorge getragen worden, daß die gegnerische Auffassung in allen ihren wichtigeren Konsequenzen näher beleuchtet werden wird.

Es handelt sich bei unserem Unternehmen weniger um eine Apologie der schon in der seitherigen Gesetzgebung grundsätzlich bewährten sog. klassischen Schule, als um eine Kritik der Lehre ihrer Gegner. Wir haben es dabei aber nicht bloß auf die theoretische Auseinandersetzung abgesehen, sondern über das Ziel einer wissenschaftlichen Fehde hinaus sind wir bestrebt, eine gesunde, die kontinuierliche Fortentwicklung wahrende Reform unseres materiellen Strafrechts zu fördern und damit dem deutschen Vaterland nach unseren Kräften zu dienen.

Professor Dr. Birkmeyer-München.
Professor Dr. Nagler-Basel.

Vorwort.

In einem gemeinnützigen Verein war das allseitig gebilligte Projekt aufgetaucht, ein dem Volkswohl dienendes Gebäude zu errichten. Alsbald aber zeigte sich Meinungsverschiedenheit darüber, was für ein Gebäude denn das nun werden solle. Die Einen plädierten lebhaft für eine Volksküche und wiesen darauf hin, wie notwendig eine kräftige und billige Kost für die ärmere Bevölkerung sei. Die Anderen begeisterten sich für ein Volksbad und konnten anführen, daß der Schmutz ein Feind der Volksgesundheit sei. Eine vermittelnde Richtung legte einen Plan eines Hauses vor, das Speisehaus und Badeanstalt in uno war, erfuhren aber von den beiden extremen Parteien Widerspruch, weil durch die Zusammenlegung entweder der Volksküchenplan oder aber der Volksbadplan oder sogar beide Konzessionen machen müßten in Ansehung ihrer Ausdehnung, der zweckmäßigen Einrichtung usw. Ein Einverständnis war nicht zu erzielen. Bis schließlich der Rechner des Vereins zeigte, daß die Mittel des Vereins den Bau zweier Häuser zuließen, deren das eine in jeder wünschenswerten Weise als Volksküche, das andere ebenso als Volksbad eingerichtet werden könne.

Der heutige Staat ist in derselben Lage, wie jener Verein für Volkswohl. Man ist einig darin, daß ein staatliches Einschreiten mit Bezug auf die Verbrechen geboten ist; nur will die eine Partei das jus criminale als Vergeltungsrecht, die

andere es als Präventionsrecht ausgestaltet wissen, während die dritten einen kombinierten Bau aufführen wollen. Und dabei erlauben — ohne daß erst ein Rechner auftreten müßte, der dies aufzeigt, — dem Staate seine Mittel, beiden Strebungen durch getrennte Einrichtungen in vollem Umfange gerecht zu werden, so daß, wenn beide als berechtigt anzuerkennen sind und sie beide demgemäß zur Ausführung kommen, nur noch die Namensfrage übrig bleibt, ob man hüben oder drüben die Etikette „Strafrecht" anbringen solle.

Meiner Überzeugung nach beruht die heutige Gegnerschaft gegen das Vergeltungsstrafrecht in der Hauptsache auf der Vorstellung, als gebe man mit seiner Annahme die Waffen zur Bekämpfung des Verbrechertums aus der Hand — als bedeute die Ausprägung des Strafrechts als Vergeltungsrechts unmittelbar einen Verzicht auf durchgreifende Verhütung der Verbrechen. Ich habe mir im Nachstehenden angelegen sein lassen, die Irrigkeit dieser Vorstellung aufzuzeigen, und möchte hier noch betonen, daß ich gerade weil ich von der Notwendigkeit energischer Präventionstätigkeit des Staates durchdrungen bin, ein um so entschiedenerer Anhänger des reinen Vergeltungsstrafrechts bin.

Wer sich darüber klar geworden ist, daß gar nicht „das Strafrecht" das Kampfobjekt ist, dessen Erbeutung in Frage steht, sondern daß dem Strafrecht und dem Vorbeugungsrecht jedem in seiner Sphäre Rechnung zu tragen ist, der wird auch von dem Wahne ablassen, als handle es sich bei dem Streit der Strafrechtstheorien um ein Ringen zwischen verschiedenen Weltanschauungen oder politischen Parteistandpunkten. Die Schlagworte „konservativ" und „liberal" haben hier nichts zu

suchen. Rechtswissenschaftsgeschichtlich können sich die Vertreter des Präventionsgedankens als „modern“, als „fortschrittlich“ in dem Sinne bezeichnen, daß sie ein Ziel für staatliche Tätigkeit aufgezeigt und zum Programm erhoben haben, auf dem zuvor — wenn es auch nicht unerkannt war, so doch — kein besonderer Akzent lag. Aber die Stellungnahme zu der Frage, was nach dieser Richtung hin zu geschehen hat, hängt ebensowenig wie die Stellungnahme zu dem Vergeltungsrecht von dem Weltbilde ab, das sich der Einzelne macht.

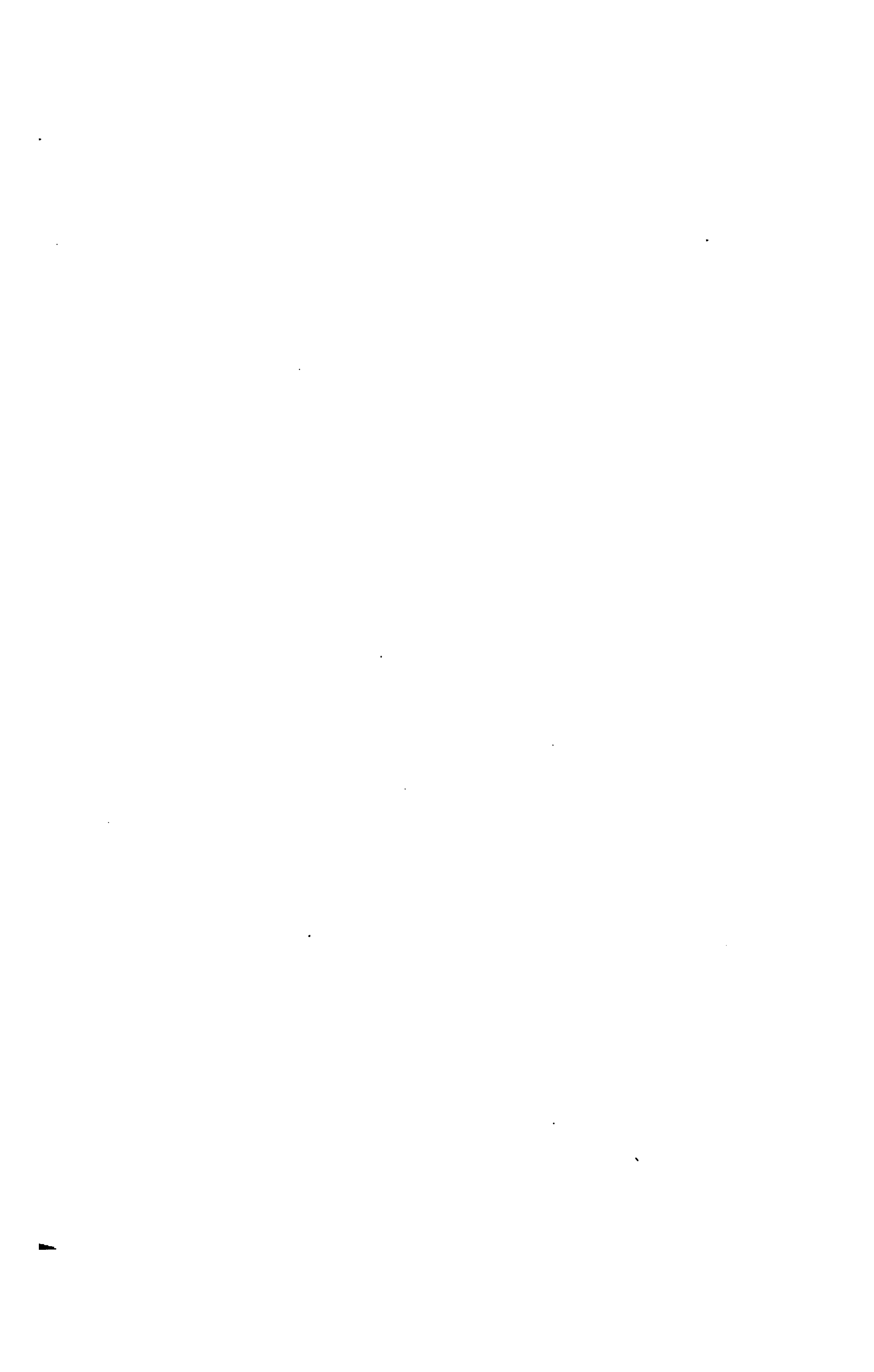
Freilich, wer die naturwissenschaftliche Erkenntnis unserer Tage dahin ausdeutet, daß die „Schuld“ ein überwundener Standpunkt, daß die „Verantwortlichkeit“ des Menschen nicht haltbar sei, der kann nicht anders, als das Vergeltungsrecht zum alten Eisen zu werfen. Wer aber, er sei Indeterminist oder Determinist, Monist oder Dualist, Theist oder Atheist, überhaupt noch an menschliche Verantwortlichkeit glaubt, der wird, sobald er die Zweckmäßigkeit staatlicher Vergeltung anerkennt, notwendig zu dem Strafrecht als Vergeltungsrecht hingeführt, einerlei, ob er auf christlich-konservativem oder auf konfessionell und politisch noch so liberalem Standpunkt steht. Und umgekehrt ist die Forderung, daß der Staat der Verbrechensverhütung sein Augenmerk schenken soll, nichts weniger als ein Ausfluß des Liberalismus, ja gerade der Liberalismus wird hier besondere Kautelen fordern, durch die der Einzelne gegen die Staatsmacht geschützt wird. So können und müssen sich die Parteien aller Schattierungen, sofern sie nur überhaupt dem Staate wohlgesinnt sind, in der grundsätzlichen Forderung sowohl eines vergeltenden Strafrechts, wie auch eines davon unabhängigen Verbrechensverhütungsrechts zu-

sammenfinden und mit der gleichen Einigkeit ein angebliches „Strafgesetzbuch“ perhorreszieren, das durch eine Verschweißung von Vergeltung und Prävention unseligen Wirrwarr heraufbeschwören müßte.

Bei der ungeheuren Literatur über den Gegenstand mußte ich notwendig davon Abstand nehmen, meine Darstellung fortlaufend mit Zitaten, in denen sich die Stellung der einzelnen Schriftsteller zu den Ausführungen des Textes spiegelte, zu begleiten, und mich damit begnügen, nur hie und da gelegentlich eine Stelle aus der Literatur anzumerken. Die moderne mir bekannte Literatur ist — ohne Anspruch auf auch nur annähernde Vollständigkeit — am Schlusse der Abhandlung zusammengestellt.

Dr. Ernst Beling.

Inhalt.



Einleitung.

§ 1. Falsche und richtige Problemstellung.

Wer heute in dem Streite der „Strafrechtstheorien" einen Standpunkt zu gewinnen sucht, muß vor allem seinen Blick dafür schärfen, daß sich der Streitpunkt, der die Geister trennt, gegen früher, genauer gesagt gegen die Zeiten Kants, wesentlich verschoben hat. Ehedem drehte sich der Streit darum, ob die Fundamente des Strafrechts in der „Gerechtigkeit" oder in der „Zweckmäßigkeit" lägen: die absoluten Theorien nannten sich stolz die „Gerechtigkeitstheorien", die relativen rühmten sich die „Zwecktheorien" zu sein. Kein Wunder, daß die Bannerträger der absoluten Theorien den Relativisten die Beschuldigung entgegenschleuderten, daß sie die Gerechtigkeit verleugneten und einem platten Eudämonismus huldigten, deshalb für jeden feiner Empfindenden etwas brutal Verletzendes an sich hätten; daß andererseits der Absolutist in den Augen des Gegners ein Vertreter eines verstiegenen Idealismus war, unfähig, praktische Lebensaufgaben zu lösen, weil er dem Staate ein zweckloses Handeln zumutete. Wer wollte heute leugnen, daß das seltsame Gemisch von naturrechtlichen, theologischen, moralisierenden, ästhetisierenden und überhaupt metaphysischen Erörterungen, wie es die vormaligen absoluten Theorien boten, mit ihrer vornehmen Vernachlässigung teleologischer Betrachtungsweise keine Befriedigung gewähren kann? Wer leugnen, daß die relativen Theorien gerade deshalb eine

so stark werbende Kraft entfalten konnten, weil sie den Rechtszweck, den Interessenschutz, betonten und damit denjenigen Boden aufsuchten, auf dem in letzter Linie alle Rechtsprobleme, solche der lex lata, wie solche der lex ferenda, zum Austrag zu bringen sind? Welchem denkenden Kopfe sollte eine Theorie annehmbar erscheinen, die wirklich „zwecklos" gestraft wissen will? Aber über jenen älteren Stand der Kontroverse sind wir Heutigen glücklich hinaus. Die Denkarbeit des 19. Jahrhunderts hat uns — nicht ohne das besondere Verdienst der „Vereinigungstheorien" — jedenfalls die sichere Erkenntnis gebracht, daß der Begriff der „Gerechtigkeit" im alten Sinne hohl ist und keinen Gegensatz gegen die „Zweckmäßigkeit" darstellt. Konnte einerseits der Relativist darauf hinweisen, daß ausgleichender Interessenschutz gerade das Ideal der Gerechtigkeit ausmache, und seine Theorie durch die Formel: „zweckmäßig, folglich gerecht", stützen, so haben andererseits die im absolutistischen Lager Versammelten das Zugeständnis gemacht, daß mit der Aufdeckung des s. g. Grundes der Strafe (punitur quia peccatum est) nur ein Teil der Arbeit geleistet sei, und es noch gelte, den Zweck der Strafe zu ermitteln und zwar nicht bloß in dem Sinne, daß den „negativen Strafzwecken" nachgegangen werde, sondern die Vergeltung auch in positiver Richtung teleologisch gerechtfertigt werde. So ist heute die Antithese „Vergeltungsstrafe" — „Zweckstrafe" (oder „Schutzstrafe", was ja nur Abkürzung für „Schutzzweckstrafe" ist) schief geworden[1]). Heute hat die relative Theorie auf der ganzen Linie insofern gesiegt, als alle Welt

[1]) Neusterdings zutreffend betont von Frank, Vergeltungsstrafe und Schutzstrafe (1908).

für das punire ein „ut“ oder „ne“ fordert. In diesem Sinne gibt es heute Keinen, der nicht Relativist wäre. Die Bezeichnungen „Vergeltungsstrafe“ und „Schutzstrafe“ sind dadurch ungeeignet geworden, den bestehenden Gegensatz richtig zu markieren. Sie beruhen auf verschiedenen Einteilungsprinzipien. Während der Ausdruck „Vergeltungsstrafe“ lediglich von der Beschaffenheit der Strafe hergeleitet ist und den stillschweigend unterstellten Zweck der Strafe nicht angibt, gibt der Ausdruck „Schutzstrafe“ umgekehrt einen bestimmten Zweck der Strafe (ne peccetur) an, ohne deren Beschaffenheit zu fixieren. Der Sache nach will sich aber natürlich weder die absolute Theorie der Aufgabe entschlagen, einen bestimmten Zweck der Strafe nachzuweisen, noch die relative Theorie der Aufgabe, die Strafe in ihrer Beschaffenheit aufzuzeigen.

Aber damit wird zugleich klar, daß die streitenden Theorien, so sehr sie im Punkte der Notwendigkeit teleologischer Betrachtungsweise einig geworden sind, auf der anderen Seite weiter auseinander gerückt sind. Ehedem suchte man die Übereinstimmung der Theorien in dem Objekt, dem die Untersuchung gewidmet war: in der „Strafe“. Die „Strafe“ galt als eine in ihren wesentlichen Zügen feststehende Erscheinung, so daß es nur galt, ihren Sinn zu ermitteln. Daher die Formulierung des Problems: soll die Strafe lediglich auf Vergeltung fundiert oder soll sie lediglich als Maßregel zur Verhütung neuer Delikte ausgeprägt werden (oder soll, wie es die Synkretisten anstrebten, die Strafe in doppelter Eigenschaft erfaßt werden?).

Diese Formulierung ist heute schlechterdings unzulässig, weil schon die Ausgangspunkte der Theorien völlig auseinander

fallen, die einen von einer bestimmten Beschaffenheit der Strafe ausgehen und dann erst die Frage aufwerfen, welchem Zwecke die so beschaffene Strafe zu dienen geeignet und berufen ist; die anderen bei einem bestimmten Zwecke einsetzen und daraus die dadurch bedingte Beschaffenheit der Strafe herleiten. Man braucht sich das nur zum Bewußtsein zu bringen, um sofort zu erkennen, daß ein einheitliches feststehendes Untersuchungsobjekt, bei dem es sich für die Forschung lediglich um Feststellung der Funktionen handelte, verloren gegangen ist. Diese Erkenntnis ist ein unzweifelhafter Fortschritt: man darf eben nicht die Beibehaltung der „Strafe" und des „Strafrechts" a priori als selbstverständlich voraussetzen. Das Problem war von jeher in erster Linie das, ob die Strafe zu rechtfertigen sei; aber man engte es unbewußt so ein, daß man im Grunde nur fragte, wie sie zu rechtfertigen sei, und setzte das zu Findende als gefunden voraus, als sei die sub titulo der Vergeltung gerechtfertigte Maßregel ohne weiteres dasselbe Ding wie die mit dem Ziel des ne peccetur gerechtfertigte, und als gelte es nur, die diesem Dinge gebührende Ausgestaltung ausfindig zu machen. Heute dürfen wir in diesen Fehler nicht verfallen. Der Begriff und das Wesen der Strafe sollen aus den Untersuchungen erst hervorgehen: sie bilden deren Zielpunkt, nicht ihren Ausgangspunkt. Der gewiesene Weg ist somit der, daß die Theorien, die den Anspruch darauf erheben, die Strafe zu rechtfertigen, zunächst in ihrem sachlichen Gehalt vorzuführen sind ohne Einmengung der Frage, ob man durch sie hindurch zu einem „Strafrecht" gelangt; erst wenn durch diese Untersuchungen der Charakter der Maßregeln klargestellt ist, taucht die Frage auf, wohin

diese einzustellen seien; erst dann, also am Schlusse, sind die Maßregeln, die sich aus der absolutistischen und aus der relativistischen Untersuchung als existenzberechtigt ergeben haben, miteinander daraufhin zu vergleichen, ob sie identisch, ob sie Arten eines höheren genus, ob sie grundverschieden sind, und damit im Zusammenhang, ob sie beide oder welche von ihnen die „Strafe“ ausmachen. Verfährt man anders, so ist eine Verständigung auf alle Zeit schlechthin ausgeschlossen. Denn über die einem Subjekt beizulegenden Prädikate kann man sich nicht einigen, wenn nicht feststeht, daß man dasselbe Subjekt meint.

Der tiefere Grund dafür, weshalb es untunlich ist, die „Strafe“ als das Untersuchungsobjekt voranzustellen, so, als ob die Aufgabe nur die sei, ihre Funktionen ans Licht zu stellen, liegt darin, daß die Strafe ein reines νοούμενον ist. In der realen Welt gibt es überhaupt keine „Strafe“. Die realen Vorgänge, die an sich als Lebenserscheinungen gegeben sind, die Einsperrung und Festhaltung eines Menschen, die Zahlung einer Geldsumme usw., gewinnen für uns die Bedeutung der „Strafe“ erst dadurch, daß wir durch gedankliche Relation diese Vorgänge mit einer Vorstellung, die wir haben, in Verbindung setzen. Die Strafe ist so wenig eine „natürliche“ Erscheinung, daß vielmehr das Verbrechen der „Freiheitsberaubung“ von der strafweise erfolgenden Freiheitsberaubung, die zivilistische Schuldzahlung von der Geldstrafe qua faktische Ereignisse völlig ununterscheidbar sind. Nur der Sinn, den wir dem Vorgang beilegen, läßt diesen als „Bestrafung“ erscheinen. Welche gedanklichen Relationen aber es sind, die uns dazu bestimmen, den „Straf“-Charakter zu bejahen, das

ist völlig subjektiv, ja in letzter Linie nur eine Frage der Benennung. Wer sich unter „Strafe“ eine Besserungsmaßregel denkt, mit dem läßt sich ebensowenig rechten, wie mit dem, der die „Strafe“ im Sinne der Vergeltung faßt. Mit der Fragestellung: „Welchen Sinn hat die Strafe?“ kommt man deshalb nie zum Ziele. So notwendig es ist, für die Dinge feste Bezeichnungen zu haben, so unersprießlich ist es, das Wort als solches voranzustellen, und darum zu hadern, welche der mehreren Bedeutungen, die dem Worte beigelegt werden, „die richtige“ sei.

Es bedurfte dieser Vorerinnerungen, weil leider auch heute noch zum Teil der Kampf mit den alten, inzwischen verrosteten Waffen geführt wird, und Schlagworte das Wesen der Sache verschleiern. Im Folgenden soll versucht werden, die Vergeltungstheorie und die Theorie des punitur ne peccetur derart zu analysieren, daß das Ergebnis, zu dem eine jede von ihnen gelangt, in seinem sachlichen Gehalt klar heraustritt, dann erst die Ergebnisse zu konfrontieren und der Frage der Etikettierung der gewonnenen Maßregeln als „Strafe“ näher zu treten. Angesichts der verschiedenen Ausgangspunkte, die die Theorien nehmen, ist methodisch so zu verfahren, daß für die Vergeltungstheorie zuerst die Beschaffenheit der von ihr intendierten Maßregel, sodann deren Zweck erörtert wird, während für die relative Theorie die teleologische Frage die Führung hat, und von ihrer Beantwortung aus im Wege der logisch-praktischen Konsequenz zu der Beschaffenheit der Maßregeln zu gelangen ist.

I. Das Recht der Verbrechensvergeltung.

§ 2. Der Vergeltungsbegriff und die Vergeltung als tatsächliche Erscheinung.

Dem Anhänger der Vergeltungstheorie begegnet nicht selten der Vorwurf aus dem gegnerischen Lager, das Wesen der Vergeltung liege von allem Anfang an im Unklaren, so daß der Versuch, die Vergeltung in das Gebiet des praktischen Handels zu überführen, von Hause aus hoffnungslos sei. Ein fast unbegreiflicher Vorwurf! So sehr es richtig ist, daß die Konkretisierung der Vergeltung nicht ganz einfach ist — der abstrakte Begriff der Vergeltung ist deutlich, eindeutig und außer Streit wie selten ein Begriff. Alle Welt versteht unter „Vergeltung“ — dies Wort passivisch genommen — dasjenige Menschenschicksal, das man sich durch eigenes Verhalten zugezogen hat, und das ein Äquivalent für den inneren Wert dieses Verhaltens darstellt, sei es ein Äquivalent für wertvolles, innerlich verdienstliches Verhalten (Vergeltung in bonam partem, Belohnung), sei es ein Äquivalent für ein negativ bewertetes, innerlich schuldhaftes Verhalten (Vergeltung in malam partem). Gewiß: woher der Wertmaßstab zu nehmen, das bleibt dabei offen; aber gerade dadurch erweist der Begriff seine Spannkraft, daß er für Bewertung im Sinne der Ethik, des Rechts usw. gleichmäßig verwendbar ist. Das Charakteristische der Vergeltung ist jedenfalls, daß sie den Menschen als für sein Verhalten verantwortlich faßt, daß sie daher für

den Betroffenen ein Erlebnis darstellt, das dem beurteilenden Menschengeiste als durch und für ein bestimmtes eigenes vorgängiges Verhalten verdient erscheint; daß sie folglich als Vergeltung in bonam partem eine Annehmlichkeit, als Vergeltung in malam partem ein Übel ist.

Daß die Vergeltung im realen menschlichen Leben in unzähligen Fällen begegnet, kann niemand verkennen. Sie selbst ist zwar so wenig wie die Strafe eine tatsächliche Erscheinung. Tatsächlich gegeben sind nur Annehmlichkeiten und Übel, die den Menschen widerfahren, und erst das Denken macht diese zu Fällen der „Vergeltung“. Aber zu einer gedanklichen Verknüpfung von Annehmlichkeiten oder Leiden, die jemandem zuteil werden, mit einem vorherigen Verhalten vermittelst des Bindeglieds des „Verdiensts“ oder der „Schuld“ ist uns reiche Gelegenheit gegeben, und man kann sagen, daß unser Denken hier mit automatischer Sicherheit vor sich geht. Wir können uns dem Begriff der Vergeltung so wenig entziehen, daß wir vielmehr bei Glück und Unglück eines Menschen fast unwillkürlich die Frage aufwerfen: hat derjenige, dem es widerfuhr, sein Geschick verdient? Oder ist ihm das Glück ohne sein Verdienst und Würdigkeit in den Schoß gefallen, das Unglück ohne seine Schuld über ihn hereingebrochen?

Von welcher Seite her die Vergeltung geübt wird, erscheint für deren Begriff gleichgültig. Als Vergeltung empfinden wir ebensosehr ohne menschliches Zutun eintretende Lebensschicksale, wie solche, die ein Mensch oder ein menschlicher Verband einem Menschen bereitet. Wir erblicken eine „Vergeltung“ in dem delirium tremens, das sich der Säufer zuzieht, in dem jähen Sturz eines Unterdrückers der Menschheit, in

der Verschüttung eines Dorfes durch eine Lawine oder Zerstörung durch Wasserfluten, wenn die Bewohner des Dorfes sich leichtsinnig nicht gehörig gewahrt hatten, — in Kants „natürlicher Selbstbestrafung des Lasters" — oder umgekehrt in den Erfolgen, die einem angestrengt Tätigen als der Mühe Preis zuteil werden, mag man dabei den Finger Gottes zu erkennen glauben oder die Vorgänge als reine Fakta hinnehmen. Wir erblicken ebenso eine Vergeltung in dem Gegenhandeln, mit dem ein Einzelner auf eigene Rechnung auf das Verhalten eines Anderen antwortet: in der Racheübung wie in der privaten Belohnung; wir erblicken sie endlich in den Reaktionen menschlicher Verbände gegen Tun und Lassen, immer vorausgesetzt, daß Annehmlichkeit oder Leid als Äquivalent für das eigene Verhalten gedacht werden[1]).

§ 3. Die Vergeltungsidee.

I. Mit den bisherigen Feststellungen ist selbstverständlich über Wert oder Unwert der vergeltenden Tätigkeit und ihrer Kehrseite, des Reflexes auf den Empfänger, noch nichts aus-

---

[1]) Neuerdings hat Berolzheimer die „Vergeltung" durch die „Entgeltung" zu ersetzen unternommen. Während erstere für den Übeltäter ein Übel und zwar als Äquivalent für die Tat erheische, habe es die Entgeltung zu tun mit Einbuße von Rechtsgütern als Äquivalent, das der Täter leisten müsse, um den durch die Tat geschaffenen Zustand mangelnden Gleichgewichts zwischen ihm und der Gesellschaft zu beseitigen; Vergeltung sei etwas aktivisches, Entgeltung passivisch. Es mag hier gegenüber dieser „Entgeltungstheorie" auf sich beruhen bleiben, ob mit ihr gerechtfertigt ist, daß der Staat die Entgeltung fordert; ich meine freilich, daß, wenn die Strafe nur der Preis ist, um den sich der Verbrecher in

gesagt. Es ist nur konstatiert worden, was man Vergeltung nennt, und was im Gebiet des Faktischen dem Begriff entspricht.

Aber nachdem man aus Freud und Leid, die dem Menschen zuteil werden, einen Ausschnitt herausgehoben, gewissermaßen aussortiert, und als Vergeltung charakterisiert hat, taucht die weitere Frage auf: Was empfinden wir gegenüber solcher Vergeltung? Damit ist noch keineswegs das Problem aufgeworfen, ob Vergeltung stattfinden „soll", geschweige denn der Boden metaphysischer Spekulation betreten[1]) oder die, einer wissenschaftlichen Begründung unzugängliche[2]) „richtige" Weltanschauung zum Prinzip erhoben.

Vielmehr gilt es hier, rein deskriptiv-empirisch den Seelenregungen nachzugehen, die sich faktisch bei uns einstellen, wenn ein Vorgang als Vergeltung in unser Bewußtsein tritt und wir dabei unparteiische Beobachter sind, — also rein phänomenologisch die psychischen Vorgänge zu erfassen, die sich in uns abspielen, wenn wir erleben, daß einem Menschen eine

---

den Gleichgewichtszustand einkauft, es füglich ihm überlassen bleiben müßte, ob er das überhaupt will (Fichtesches „Recht auf Strafe"!). Aber mag dem sein wie ihm will, jedenfalls ist bei Lichte besehen die Berolzheimersche Entgeltung nicht gegensätzlich gegen die Vergeltung, sondern nur deren passivische Seite: die Vergeltung vom Standpunkte des betroffenen Individuums aus gesehen. „Einbuße" ist eine Spezialisierung des „Übels"; und wenn sie in ihrer Eigenschaft als „Äquivalent zur Herstellung des Gleichgewichtszustandes" aufgefaßt wird, so wird damit nicht negiert, sondern nur erläutert, inwiefern sie als „Äquivalent für das Verbrechen" erscheint; gerade weil und sofern sie dem Verbrechen äquivalent ist, wirkt sie zustandsausgleichend.

[1]) Über das „Soll" vgl. § 4.

[2]) Vgl. Adickes, Kant contra Häckel ² 108.

Tat vergolten worden ist, d. h. also daß er sich durch seine Tat ein von uns als äquivalent gewertetes Schicksal zugezogen hat.

Nun ist es sicher, daß unsere Psyche gegenüber den Vorkommnissen des Lebens dreifach reagieren kann: mit dem Gefühl der Lust, mit dem der Unlust oder indifferent mit dem der Gleichgültigkeit. Und eben so sicher ist es, daß normales gesundes Empfinden einer geschehenen Vergeltung gegenüber mit einem Gefühl der ersten Art, mit dem Gefühl der Befriedigung dann und insoweit reagiert, wenn und insoweit das, was der Täter empfing, auch dem Maße nach als von ihm „verdient" erscheint.

Wie anders stellen wir unser Empfinden ein gegenüber den Leiden, die, wie in der antiken Schicksalstragödie, einen Schuldlosen heimsuchen, und gegenüber den Leiden, die sich der Mensch durch „tragische Schuld" zuzieht! Dort ein Mißklang in der Seele, über den man bestenfalls durch mehr oder weniger gezwungene Ergebung in Unabänderliches hinwegkommt; hier das Gefühl einer vorhandenen Harmonie, das geradezu erhebend und tröstlich sein kann.

Dem Trunkenbold, der seine Gesundheit ruiniert hat, den Bewohnern eines Alpendorfs, die leichtsinnigerweise keine Vorkehrungen gegen Lawinen- oder Wildbachgefahr getroffen hatten, dem, der wegen Verbrechens ins Zuchthaus gesperrt worden ist, ihrer Persönlichkeit als solcher werden wir menschlich unser Mitleid nicht versagen, sondern gern die helfende Hand bieten, um ihnen wiederaufzuhelfen, — aber das Unheil, das über sie hereingebrochen ist, können wir nicht umhin zu billigen (wofern es nicht ärger ist, als verdient). Nichts in uns wird sich dagegen auflehnen, wir „gönnen ihnen", was ihnen geschah,

unser Mitleid mit dem Übeltäter ist insoweit ausgeschaltet, als mit ihm ein Parteiergreifen gegen den Vergelter verbunden wäre. Die Vorstellung, daß das Geschick des Einzelnen eine Vergeltung seiner Taten sei, gibt uns das Gefühl der Beruhigung. Sobald wir die Vorstellung gewonnen haben, daß jemand nach Verdienst behandelt worden sei, werden wir, weit entfernt, ihn deswegen zu beklagen, achselzuckend sagen: „Hart, aber verdient"; „er hat es sich eben selbst zuzuschreiben"; „wie mans treibt, so gehts".

Und damit korrespondiert die umgekehrte Empfindung, die wir nach der Tat vor eingetretener Vergeltung haben: ein Gefühl der Unlust, die sich zum Unwillen, zur Entrüstung steigern kann. „Die unvergoltene Tat mißfällt". Wo irgend menschliche Taten in unseren Gesichtskreis kommen, die unser Werturteil in malam partem wachrufen, da ist auch ohne weiteres eine Mißstimmung und mit ihr der pythagoräische Wunsch zur Stelle Εἶ κε πάθοι τὰ κ᾽ ἔρεξε, δίκη κ᾽ ἰθεῖα γενοῖτο!

Ein Wunsch, der bei der egoistischen Natur des Menschen natürlich da in malam partem besonders lebhaft sein wird, wo eigene Interessen durch die Tat verletzt worden sind, der aber auch in dem Uninteressierten aufsteigt, wo er die Tat als lobens- oder tadelnswert empfindet. So bekommt wohl ein Leichtsinniger oft genug zu hören: „Tu, was du nicht lassen kannst — aber der Krug geht so lange zu Wasser, bis er bricht", d. h.: wenn dich das Unglück zaust — ich bedaure dich deswegen nicht. Oder der Unglücksmensch, der sich redlich plagt, wird getröstet damit, es gebe eine Gerechtigkeit im Himmel — man würde sich freuen, wenn ihm sein Lohn würde.

Hat somit das Vergeltungsübel, das dem Delinquenten zu-

stößt, die Wirkung, daß eine zuvor bestehende Spannung gelöst wird, so ist damit im Urteil des unparteiischen Beurteilers die Tat zwar nicht ungeschehen gemacht, aber fortan ihrer Anstößigkeit beraubt. Durch den Ausgleich zwischen den als Saldo erscheinenden Lustgefühlen, die die Tat dem Täter verschaffte, und dem Unlustgefühl, das die Vergeltung in ihm erzeugte, ist der Delinquent zurückgerückt in die Reihe, aus der er herausgetreten war; er lebt von nun an wieder auf gleichem Fuße mit den übrigen Menschen. Die Tat erscheint in diesem Sinne als „gesühnt", die Vergeltung als „Sühne" der Tat — diesen Begriff natürlich rein äußerlich gefaßt: Sühne = Aufhören der Mißstimmung Dritter gegenüber der Tat. Ob sich damit eine Sühne im Sinne der eigenen inneren Umkehr des Delinquenten selbst verbindet, steht dahin: eine solche kann ohne äußere Vergeltung eintreten und umgekehrt bei Vergeltung fehlen; sie interessiert hier jedenfalls nicht.

Diese psychologische Erscheinung findet sich derart als eine allgemeine, daß man getrost sagen kann: jene Seelenregungen stellen sich ganz elementar bei jedermann ein. Wer daran zweifeln wollte, der beobachte einmal, wie sich etwa die Zuschauer einer Tierquälerei, einer Rauferei usw. äußern: jeder, der überhaupt die Tat mißbilligt, heischt Sühne. Oder man höre an, was im Publikum oder in den Zeitungen für Stimmen laut werden gegenüber einer als „gerecht" empfundenen Verurteilung eines Verbrechers. Oder man durchblättere unsere schöne Literatur: auf Schritt und Tritt begegnen wir den gleichen Empfindungen[1]).

---

[1]) Wenn R. Schmidt, Aufg. d. Str.R.Pfl. 53 die Vergeltungsidee nicht als eine allgemeine gelten lassen will, so dürfte dies sozusagen

Und zwar handelt es sich um Seelenregungen, die ungekünstelt, ohne jede Reflexion zur Stelle sind. Es mischt sich in sie auch nicht der leiseste Gedanke daran ein, daß die Vergeltung irgend welchen Zwecken — der Verhütung künftiger Verbrechen usw. — dienen solle. Vielleicht daß hinterher der klügelnde Verstand findet, daß die Vergeltung auch pro futuro von Wert sei; aber die Entstehung der in Rede stehenden Seelenregungen vollzieht sich unabhängig von solcher teleologischen Denktätigkeit.

Unsere Relativisten leugnen bisweilen das Vorhandensein der Vergeltungsidee. Soweit sie dabei an die breiten Massen unseres Volkes denken, werden diese selbst sie eines Besseren belehren; wo sind die Leute, die es achselzuckend fertig bringen, dem lobens- und dem tadelnswerten Verhalten gegenüber ganz indifferent zu sein? Soweit sie an sich selbst denken, läßt sich ohne weiteres behaupten, daß sie das Produkt ihres kritischen Denkens, das der Seelenregung vielleicht in abstracto vorangegangen ist (als theoretische Stellungnahme zur Vergeltungsidee), in concreto aber allemal nachfolgt, für ihre unmittelbare Seelenregung selbst halten. Gewiß, sie reprobieren vielleicht

---

auf einer Pauschalierung der Vergeltungsidee beruhen. Versteht man diese dahin, daß man die Vergeltung mit Kant für „notwendig" hält und daraus Postulate des eigenen praktischen Handelns oder direkte Anforderungen an irgend welche Machtfaktoren ableitet, so ist unzweifelhaft die Vergeltungsidee keine allgemeine (vgl. darüber noch unten S. 26ff.). Aber eine ganz andere Frage ist die, ob die Vergeltungsidee lediglich in der Weise den Einzelnen vorschwebt, daß die geschehene Vergeltung gebilligt wird, die noch ausstehende erwartet und erhofft wird. Und in diesem Sinne ist die Vergeltungsidee heute ganz sicher eine universelle Erscheinung.

die Vergeltungsidee, aber gegen deren Auftauchen in ihrer Seele sind sie machtlos. Wo der Relativist einmal des kritischen Apparats vergißt und sein Inneres rein natürlich offenbart, da zeigt sich, daß er nicht anders wie jedermann fühlt. Einem von mir verehrten heftigen Gegner der Vergeltung hatte ich seinerzeit meine Schrift über die Beschimpfung von Religionsgesellschaften zugesandt, in der ich für Straflosigkeit solcher das religiöse Gefühl anderer verletzenden Äußerungen eintrat, die aus eigener religiöser Auffassung hervorgegangen sind. Mit diesem Gesetzgebungsvorschlage konnte sich mein verehrter Gegner nicht befreunden, und zwar, wie er schrieb, weil er gegenüber derartigen Fällen, wie dem bekannten Fall Thümmel, in sich eine Art von „Kochen der katholischen Volksseele" fühle. Das war eine erfrischende natürliche Tonart, das Vergeltungsbedürfnis sans phrase!

Philosophischerseits hat Lipps[1]) die Unhaltbarkeit der Vergeltungsidee dadurch aufzuzeigen unternommen, daß er sie auf eine „doppelte Selbsttäuschung" oder „Selbstbetäubung" zurückführen will. Er leugnet nicht, daß in der naiven Auffassung durch die Vergeltung das Gefühl der Befriedigung, der „Ausgesöhntheit", ausgelöst werde. Aber der reflektierende Denker gelange zu der Einsicht, daß einmal die Vergeltung, indem sie beliebige Übel verhänge, gar nicht die richtige Stelle, nämlich das böse Wollen des Verbrechers selbst treffe; und daß ferner unser Ausgesöhntsein keineswegs eine objektive Sühne der Tat bedeute, d. h. der Verbrecher innerlich durchaus nicht durch die Vergeltung dazu gebracht sein müsse, den Willen der Rechts-

---

[1]) In seinem Münchener Vortrag, bes. S. 59 ff.

ordnung nunmehr als den vernünftigen anzuerkennen. Nun seien Reaktionen gegen den Täter nur dann vernünftig, wenn sie erfolgreich in ihm das böse Wollen aufhöben. Wenn wir uns also durch die Vergeltung befriedigt fühlten, so seien wir in einer doppelten Illusion befangen. Unter den Händen von Lipps zersetzt sich also das durch Vergeltung erzeugte Befriedigungsgefühl in dem Sinne, daß es des rechten Grundes entbehrt. Man ist nach ihm befriedigt, aber man sieht reflektierend ein, daß man gar keinen Anlaß hat, sich befriedigt zu fühlen, und kommt so zu einer Reprobation jenes Gefühls.

Demgegenüber sei nun zunächst betont, daß derartige Reflexionen, wie sie Lipps anstellt, jedenfalls der überwiegenden Masse des Volkes fremd sind. Deshalb ist mit dem Befriedigungsgefühl als einer im allgemeinen faktisch vorhandenen realen Größe zu rechnen[1]).

Aber mehr noch: Lipps beweist nur, daß die Vergeltung den Zweck verfehlt, das böse Wollen in dem Verbrecher aufzuheben. Damit hat er aber die Berechtigung des Befriedigungsgefühls an einem von ihm willkürlich aufgestellten Zwecke gemessen. Gewiß, wer, um befriedigt zu sein, von der Vergeltung verlangt, daß sie eben jenen Zweck erfülle, dem stellt sich die naive Zufriedenheit mit der Vergeltung als traurige Irrung dar. Allein wer sagt denn, daß man der Vergeltung nicht sonstige gute Seiten abgewinnen könne? Wer auf einer Bergpartie guter Dinge gewesen ist, kann doch nicht schon deshalb zu dem Urteil gelangen, daß er eigentlich gar keinen Grund gehabt hätte, vergnügt zu sein, weil er keine klare

[1]) Und nur diese Tatsache ist es, die für den Staat beachtlich ist, vgl. § 4.

Aussicht vom Gipfel gehabt habe. Es kommt eben ganz darauf an, worin man seine Befriedigung sucht. Sucht sie Lipps hinsichtlich der Vergeltung einzig in der Negation des bösen Willens im Verbrecher, dann ist das sein gutes Recht. Wir anderen aber suchen und finden sie darin, daß das äußere Geschick des Verbrechers sich in solcher Weise für ihn leidvoll gestaltet, daß der Vorsprung, den er durch seine Tat erlangt hatte, ausgeglichen erscheint. Daß das „unvernünftig" wäre, kann, weil es sich um metaphysische Probleme handelt, nicht bewiesen, sondern nur geglaubt werden; und diesen Glauben werden nur wenige teilen. Und schließlich: sollte Lipps selbst von den Ketten, deren er spottet, frei sein? Ich setze den Fall, in einem chemischen Laboratorium habe der Professor X. unter Außerachtlassung der nötigen Vorsicht seinen Hörern ein Experiment vorgeführt, es sei eine Explosion erfolgt, X. und die Hörer hätten Brandwunden davongetragen. Sollte Lipps hier in seinem Empfinden den mehreren Verletzten wirklich mit ganz gleichem Empfinden gegenüberstehen? Sollte er nicht vielmehr mit uns die Studenten uneingeschränkt bedauern, während sich das Bedauern gegenüber dem Professor dadurch mindestens abschwächt, daß er sich selber den Unfall zuzuschreiben hat? Sobald aber dieser Unterschied zugegeben wird, befindet sich Lipps mindestens auf halbem Wege zu uns. Denn die Gründe der Differenzierung sind nicht etwa lediglich auf dem Gebiete der Kausalität zu suchen. Es ist nicht an dem, daß wir dem Urheber als solchem gegenüber unser Empfinden anders einrichteten als gegenüber denen, die Schaden erlitten, ohne ihn verursacht zu haben. Denn setzen wir den Fall, daß der Professor mit größter Sorgfalt zu Wege

gegangen ist, daß aber etwa der Institutsdiener frevelhafterweise dem Professor falsche und als solche nicht erkennbare Chemikalien für das Experiment in die Hände gespielt hatte, so steht in unserem Empfinden der Professor, wiewohl Urheber des Unfalls, den Nichturhebern als Opfer des Unfalls gleich; unser Unwille wälzt sich auf den Diener über und wir denken über die Brandwunden, die er selber erlitten hat, sicher ganz anders, als über die Brandwunden der übrigen. Es muß also doch wohl die Erkenntnis eines Zusammenhanges zwischen Verdienst und Leid sein, die unserer Reflexion Stich hält. Über die Gefährten des Odysseus zuckt Homer die Achseln:

Αὐτῶν γὰρ σφετέρῃσιν ἀτασθαλίῃσιν ὄλοντο.

Werden wir anders denken?

II. Ist also daran nicht zu deuteln und zu rütteln, daß uns die Vergeltungsidee als eine universale phänomenologisch begegnet, so ist nun noch natürlich die — schon im vorhergehenden berührte — Frage aufzuwerfen, wie man sich kritisch zu ihr zu stellen hat. Gibt es doch zahlreiche Seelenregungen, die sich zwar elementar einstellen oder einstellen wollen, die aber der Mensch, der sich in sittlicher Zucht hat, knebelt und ausrottet, weil er sich ihrer schämt, Regungen des natürlichen Menschen, gegen die der sittliche Mensch ankämpft — Neid, Schadenfreude usw. Gilt das nicht auch für die Vergeltungsidee? Ist es nicht sittliche Forderung, sie in sich zu zerstören und namentlich an die Stelle des Bedürfnisses nach Vergeltung in malam partem die Verzeihung zu setzen?

Die Frage, so gestellt, ist zunächst eine metaphysische. Auch so ist sie, was im Vorübergehen angemerkt sei, selbstverständlich nicht identisch mit der Frage, inwieweit die als Motiv

des Handelns wirkende Aussicht auf Lohn oder Vergeltungsübel dem Handeln den sittlichen Wert nehme (Frage nach dem individual-eudämonistischen Moralprinzip); sondern es handelt sich nur darum, ob die Ethik den Menschen gebiete, der auf Vergeltung hindrängenden Anwandlungen Herr zu werden. Das hat bekanntlich Kant energisch verneint. Sein kategorischer Imperativ gebietet die Vergeltung, so daß gerade derjenige unsittlich handelt, der nicht an seinem Teil tut, was er kann, um sie herbeizuführen. Andere — und dazu gehört wohl die Mehrzahl der heutigen Relativisten — vermögen in der Vergeltungsidee nichts Sittliches zu entdecken. Vereinzelte Stimmen rechnen die auf Vergeltung hindrängenden Seelenregungen direkt zu denen, die der sittliche Mensch unterdrücken müsse.

Für denjenigen, dem die Moral nur autonom, nicht heteronom sein kann, der alle Normen der Moral dem eigenen Gewissen entnimmt — und dieser Standpunkt ist sicher der richtige — wird damit die Stellungnahme zu der Frage nach dem ethischen Inhalt der Vergeltungsidee zu einer indiskutablen Überzeugungssache des Einzelnen, ohne daß eine allgemeingültige Antwort möglich wäre. Diese Bahnen sind daher hier nicht weiter zu verfolgen[1]).

---

[1]) Insbesondere erweist sich der neueste Vorstoß gegen die Sittlichkeit der Vergeltungsidee, den Kerler in seiner Schrift „Die Idee der gerechten Vergeltung in ihrem Widerspruch mit der Moral“ (1908) unternommen hat, als bloßer Ausdruck persönlicher ethischer Auffassung ohne Allgemeingültigkeit. Übrigens vermag ich auch in dieser Schrift eine eigentliche Beweisführung für die angebliche Unsittlichkeit der Vergeltungsidee nicht zu entdecken. Soviel ich sehe, stützt sich der Verf. nur 1. auf den Nachweis, daß das Äquivalenterfordernis der kaufmännischen, ökonomischen Betrachtung eigentümlich sei; und

Dagegen ist der exakten phänomenologisch-empirischen Feststellung fähig, ob die Vergeltungsidee tatsächlich in unserem Volke gegenwärtig als sittliche Idee lebt. Und das ist für die erdrückende Mehrzahl der Volksgenossen, hoch und gering, mit absoluter Bestimmtheit zu bejahen[1]). Es kann keine Rede davon sein, daß etwa nur rohe Instinkte das Vergeltungsbedürfnis hervorrufen. Gewiß drängen auch solche nach Vergeltung hin; dies da, wo jemand in seinen Interessen verletzt wurde und dafür Rache haben will. Aber uns interessiert hier nur der Standpunkt des uninteressierten Beobachters. Und in

---

2. auf den Satz, daß ein Handeln um erwarteten Lohns halber oder aus Furcht vor Strafe ethisch wertlos ist. Beide Sätze sind richtig, aber 1. damit, daß sich die ökonomische Ordnung auf der Entgeltung aufbaut, ist doch nicht bewiesen, daß der Äquivalentgedanke der Ethik fremd sein müsse. Ökonomische und ethische Ordnung sind doch keine kontradiktorischen Gegensätze. Ja, man kann sogar behaupten, daß die wirtschaftliche Betrachtungsweise gerade deshalb auf der Idee der Ausgleichung der Werte fußt, weil diese Ausgleichung als sittlich empfunden wird. 2. So richtig es ist, daß das Handeln eines Menschen dadurch ethisch entwertet wird, daß es nur aus dem Streben nach Lohn oder der Vorstellung der mit der zu erwartenden Strafe verbundenen Unlust quillt, so wenig wird hiervon die Sittlichkeit der Vergeltung selber berührt. Das zeigt sich deutlich darin, daß sich gerade da, wo ein Handeln absolut selbstlos, ohne die geringste Spekulation auf Belohnung geschehen ist, der Wunsch nach Belohnung besonders intensiv in uns einstellt. Kerler wird gewiß nicht behaupten wollen, daß der Belohnende „unsittlich handelt"!

[1]) Vgl. Heymans, Ztschr. f. wiss. Philos. 8 353: „Die Vorstellung gewisser Handlungen oder Charaktere, welche wir mit dem Prädikat ‚gut' resp. ‚böse' bezeichnen, ist in unserem Bewußtsein kausal verknüpft mit dem Bestreben, die Subjekte dieser Handlungen oder Charaktere glücklich oder unglücklich zu sehen; und dieses Bestreben wird im allgemeinen vom sittlichen Bewußtsein gebilligt".

diesem wird ganz regulär die in ihm auftauchende Vergeltungsidee von der Überzeugung, daß dieses Empfinden sittlich sei, getragen sein.

Nur wenige einsame Denker werden es sein, die reflektierend das in ihnen aufgetauchte Gefühl der Billigung einer Vergeltung als unsittlich empfinden und in der Niederdrückung dieses Gefühls sittliche Befriedigung suchen. Wir anderen werden in diesem unserem Gefühl nichts Unsittliches finden, vorausgesetzt nur, daß es nicht in propria causa aus eigensüchtigem Interesse, aus Rachetrieb entsprang. Im Gegenteil, wir werden dieser unserer Regung frei und ungescheut Ausdruck geben und in der Fällung des Urteils: das Geschick des N. N. war verdient, ihm ist nur Gerechtigkeit widerfahren — uns der strengen Moralität unserer Denkweise bewußt sein.

Davon kann man sich zunächst überzeugen bei der belohnenden Vergeltung. Es wird keinem Widerspruch begegnen, daß der Neiding, der einem Würdigen seinen Lohn nicht gönnt, allseitig als unsittlich gilt, daß wir umgekehrt, wenn wir ein Gefühl der Befriedigung über die Belohnung dessen, der sie verdient, empfinden, wir dieses Gefühl in die Klasse der ethisch guten Gefühle einstellen.

Nicht anders ist es aber bei der Vergeltung von Ungehörigkeiten durch Übel. Man weise uns doch einmal die Fälle nach, in denen jemand darüber, daß er solche Vergeltung billigte, nachher Gewissenspein empfand, dies sein Empfinden bereute oder sich seiner schämte! Außer wenigen selbstquälerischen Grüblern werden wir Menschen — wenigstens wir heutigen — mit uns ethisch zufrieden sein, wenn wir Befriedigung über geschehenen Wunsch nach ausstehender Vergeltung in uns verspürt haben.

Ist doch am letzten Ende die heutige allgemeine ethische Auffassung — diese wiederum durchaus phänomenologisch begriffen — überhaupt untrennbar von der Vorstellung der „Gerechtigkeit" der Vergeltung. Gibt die Ethik Wert- und Unwerturteile über menschliches Handeln an die Hand, so schreit sie auch geradezu danach, daß ethisches Verdienst und ethische Schuld nicht folgenlos bleiben, sondern nach Gebühr entgolten werden. Wollte man das dem Verhalten nachfolgende Äquivalent, die Vergeltung, ethisch mißbilligen, so stellte man damit das ethische Urteil über das Verhalten selbst auf den Kopf: Wer die Belohnung für eine gute Tat mißbilligt, kann die Tat nicht als sittlich qualifizieren; wer die Kompensation einer ungehörigen Tat durch Übel mißbilligt, der kann nicht die Tat sittlich verwerfen. Die Wegstreichung der Vergeltungsidee aus der Ethik ist notwendig gleichbedeutend mit ethischer Indifferenz gegenüber dem Werte der Handlungen[1]).

---

[1]) Diesen Erwägungen wird namentlich auch die Schrift von Kerler — oben S. 19 Anm. 1 — nicht gerecht. Frappant ist übrigens, daß Kerler selber von „Gerechtigkeit" der Vergeltung spricht und gerade die „gerechte Vergeltung" als unsittlich bezeichnet. Was soll denn aber „gerecht" in diesem Zusammenhange heißen, wenn es nicht den Sinn von sittlich wertvoll haben soll? Ich vermag mir wohl vorzustellen, daß jemand die Vergeltung von seinem individuellen Standpunkt aus als unsittlich empfindet; tut er das aber, so kann er doch ihre „Gerechtigkeit" nicht zugeben.

Vgl. übrigens Laas, Ztschr. f. wiss. Philos. 5 166: „Vergeltung und Genugtuung ertragen jeden Grad der Rationalisierung und Ethisierung; man kann sie der animalischen Rache entkleiden; aber den Anforderungen der Gerechtigkeit, die in ihnen stecken, soll man ihr Spiel lassen. Die Menschheit würde sich selbst aufgeben, sie würde ihre edelsten Bestrebungen und Güter im Stich lassen, wenn sie die mensch-

Dabei darf auch nicht der Gedanke eingeschmuggelt werden, als empfinde man die Vergeltung nur deshalb und insoweit als sittlich, weil und insoweit sie im Dienste der Prävention, der „Nützlichkeit", stehe. Wie die Vergeltungsidee selber in uns auftaucht, ohne durch teleologische Erwägungen vermittelt oder begrenzt zu sein, so auch die Überzeugung von der Sittlichkeit dieser Seelenregungen[1]). Wir empfinden den Wunsch nach Vergeltung als sittlich auch da, wo in uns keine Vor-

lichen Übeltaten ohne sittliche Erregung mit absoluter Kaltblütigkeit und Blasiertheit nur noch auf ihre Gemeinschädlichkeit und die Größe der zu ihrer möglichsten Verhütung notwendigen Gegenmaßregeln abkalkulierte" ... „Jedesmal, wo eine Tat die Bedingungen und Formen der staatlichen Rechtsordnung merkbar stört oder aufzugeben droht, zittert ein Nachklang des urwüchsigen Vergeltungs- und Genugtuungstriebs durch alle loyalen Gemüter. Und gewisse Untaten rufen die Empörung jeder sittlich gestimmten Natur wach" ... 174: „Der Vergeltungstrieb ist aus uns Menschen schwerlich auszurotten; und es ist auch nicht abzusehen, weshalb man es wünschen sollte. Es bleibt hoffentlich ein unzerstörbares Charakteristikum unserer Gattung, daß wir fordern, jeder solle für das Böse, was er tut, Strafe zu gewärtigen haben, und für das Unrecht, das er erleidet, eine ausgleichende Gerechtigkeit finden".

Vgl. ferner Heymans a. a. O. 483 ff.

[1]) Vgl. Heymans Ztschr. f. wiss. Philos. 8 354: „Jedem unbefangenen Beobachter muß die Tatsache aufgefallen sein, daß nicht nur im Volksbewußtsein dem Vergeltungsgedanken — Heymans meint, wie der Zusammenhang ergibt, den Gedanken an die Sittlichkeit der Vergeltung — jede Rücksicht auf irgend einen damit zu erstrebenden Zweck abgeht, sondern daß auch Lohn und Strafe, als Selbstzweck gefaßt, unbedingt edler und moralischer erscheinen, als die utilistische, immer den Nutzen berechnende Gerechtigkeit. Es gehört selbst eine beträchtliche theoretische Bildung oder Vorbildung dazu, unter diesem letzteren Namen sich rein präventive, nur den Nutzen der Gesellschaft bezweckende Maßregeln auch nur zu denken".

stellungen über die Zukunft und ihre Gestaltung mitsprechen; wir empfinden ihn umgekehrt nicht als sittlich — wenn hier überhaupt ein Wunsch nach Vergeltung auftaucht —, wo wir ohne Fällung des sittlichen Unwerturteils über die Tat nur aus utilitaristisch-egoistischer Strebung heraus Vergeltungswünsche haben. Entsprechend empfinden wir unsere Wünsche hinsichtlich des Maßes der Vergeltung stets insoweit als sittlich, als dieses Maß in Proportion mit der Tat steht, auch wo die Präventionsidee geringere Übel oder gar keine für den Täter fordern würde; und umgekehrt insoweit als unsittlich, als es aus utilitaristisch-egoistischen Erwägungen heraus über jene Proportion hinausgeht, mag auch der Wunsch nach kräftigerem Zugreifen im Sinne der Prävention das rechte Maß einhalten[1]).

Deshalb wäre auch ein etwaiger Versuch, die Vergeltungsidee als Erscheinung des sittlichen Bewußtseins umzudeuten in eine unter der Schwelle des Bewußtseins gelegene Präventionsidee, ganz aussichtslos. Mögen einzelne glauben, daß sie ihr sittliches Werturteil über die Gerechtigkeit der Vergeltung, das sie unmittelbar empfanden, durch nachträgliche Reflexionen in dieser Weise berichtigen müssen — stets wird solche Substitution von ursprünglich unbewußt Gewesenem an die Stelle des Bewußten überaus gekünstelt sein und von der Allgemeinheit, auch von philosophisch Gebildeten, als willkürlich und unbewiesen abgelehnt werden[2]).

So weit auch die Weltanschauung der einzelnen heute aus-

---

[1]) Vgl. auch Heymans in der Ztschr. f. wiss. Philos. 8 367.

[2]) Mit Recht betont Heymans (Ztschr. f. wiss. Philos. 8 368), daß die Zurückführung der Sittlichkeit der Vergeltungsidee auf utilitaristische Erwägungen „dem natürlichen Bewußtsein niemals gelingt“.

einander gehen mag, — die Vergeltungsidee als recht eigentliches Gerechtigkeitsideal kann ohne weiteres als universal bezeichnet werden.

Wenn trotzdem noch immer versucht wird, die Vergeltungstheorie mit der Behauptung abzutun, die Vergeltung „sei unedel", so beruht dies auf einer unzulässigen Identifizierung der Rache mit der Vergeltung überhaupt. Daß die Rache unsittlich ist, wird heute niemand in Abrede stellen. Aber sie ist es nicht, weil ihr Ergebnis, das den Schuldigen treffende Übel als solches, unserer sittlichen Auffassung widerstrebte, sondern wegen der mit ihr verbundenen Maßlosigkeit und des gerade darin liegenden Widerspruchs gegen die Vergeltungsidee; und sodann wegen der trüben egoistisch-leidenschaftlichen Quelle, aus der die Racheübung fließt: denn wer sich rächt, kennt nur die Empfindung, daß ihm die Tat schädlich oder unangenehm war, und schlägt ohne Sinn und Verstand um sich[1]).

Ebensowenig zugkräftig ist der sich gelegentlich einstellende Vorwurf gegen die Vergeltungsidee, sie sei unsittlich, weil sie pharisäischem Hochmut entquelle. Sicherlich kann das harte Absprechen über Anderer Tun mit tugendstolzer Selbstbespiege-

---

[1]) Dessen ungeachtet verhalten sich Rache und Vergeltung nicht gegensätzlich zu einander. Rache ist die nicht von der ethischen Idee getragene, sondern im selbstischen Triebe wurzelnde Vergeltung. Wenn Richard Schmidt, Aufg. der Str.R.Pfl. 67 ff. die Rache als „Genugtuung" der Vergeltung entgegensetzt, so übersieht er, daß „Genugtuung" nichts anderes ist, als das Befriedigungsgefühl, das durch die Vergeltung, sei sie Rache oder geläuterte Vergeltung, ausgelöst wird; man kann ebensosehr sittliche „Genugtuung", wie selbstische Genugtuung empfinden, es fragt sich eben nur, welchem Bedürfnis in der Seele „genug" getan wird.

lung verbunden sein, und ebenso sicher ist, daß solches Hochgefühl des Urteilenden unrein und unsittlich erscheint. Aber unsittlich ist dann eben nur der die Vergeltungsidee begleitende Pharisäismus; und eine notwendige Begleiterscheinung jener ist dieser mit nichten. Mag der Vergeltungsdrang in uns noch so lebhaft auftreten, so kann — und soll — sich bei aller Strenge des sittlichen Urteils damit die demütige Erkenntnis verbinden, daß wir gegen die gleiche Verfehlung nicht gefeit sind, sondern eben auch straucheln können, und daß sich dann die Vergeltung mit gleicher Schärfe gegen uns richten muß; und daß sich gerade dann die Vergeltungsidee zur höchsten sittlichen Höhe erhebt — wer könnte das leugnen wollen?

III. Durch die bisherigen Ausführungen ist die gesicherte Grundlage für die Feststellung gewonnen, daß die Befriedigung über geschehene Vergeltung als ein ethisches Lustgefühl, der Wunsch, es möge jedem sein Verhalten nach Verdienst entgolten werden, als ein ethischer Wunsch tatsächlich so gut wie überall vorhanden sind.

Ob sich diese ethische Stellungnahme der Einzelnen dahin verdichtet, daß sie es für ihre sittliche Pflicht halten, selbst die Vergeltung in die Hand zu nehmen, ist damit nicht gesagt. Von der Überzeugung, daß ein Geschehnis im Sinn der sittlichen Weltordnung erwünscht sei, zu der Auffassung, daß man selber auserkoren und berufen sei, als Vollstrecker des Sittengesetzes aufzutreten, ist noch ein weiter Schritt. Insonderheit läßt sich die Vergeltungsidee rein passivisch an: sie faßt lediglich das Geschick, das der Einzelne e r l e i d e t, ins Auge; von welcher Seite her die Vergeltung hereinbricht, interessiert nicht. Metaphysisch sind über die Legitimation dazu, die Ver-

geltung zu üben, die verschiedensten Auffassungen möglich. Wer den kategorischen Imperativ, Vergeltung zu üben, in sich fühlt, wird aus der Vergeltungsidee eine sittliche Norm zum Handeln für sich herleiten. Aber die Vergeltungsidee kann sich da, wo die Vergeltung noch aussteht, auch als bloße Erwartung einer von anderer Seite herkommenden Vergeltung äußern: sei es, daß man überzeugt ist, daß alle Schuld sich schon auf Erden rächt, indem man auf die Weltgeschichte als das Weltgericht vertraut, sei es, daß man, was schließlich dasselbe ist, die Reaktion von irgend einem gesellschaftlichen Faktor erwartet, sei es endlich, daß man die Vergeltung im Jenseits sucht, also auf Gott baut — „die Rache ist mein, ich will vergelten, spricht der Herr" — und sich damit getröstet, daß Gottes Mühlen langsam, aber trefflich klein mahlen.

Damit hängt denn auch das Problem zusammen, ob nicht eine sittliche Forderung das Verzeihen erheischt, ob es nicht geboten sei, feurige Kohlen auf das Haupt des Übeltäters zu sammeln, den zu segnen, der uns fluchte, überhaupt Böses mit Gutem zu vergelten[1]). Es kommt dabei darauf an, inwieweit man sich selbst als den zur Vergeltung Berufenen ansieht.

Empirisch wird sich feststellen lassen, daß in vereinzelten Fällen ein eigenes eigenmächtiges Einschreiten im Sinne der Vergeltungsidee in unserem Volke als sittliche Notwendigkeit empfunden wird, etwa wenn es sich darum handelt, rohe Straßenbuben wegen Mißhandlung kleinerer Kinder zu züchtigen.

---

1) Vgl. dazu Laas Ztschr. f. wisss. Philos. 5 312—315.

Aber im allgemeinen besteht eine derartige Neigung, selber die Rolle des Vergelters zu spielen, bei uns nicht. Auch wer sich noch so wenig darüber aufregt, wenn jemand in eine von ihm gegrabene Grube selbst hineingefallen ist, sondern diesen Hineinfall ganz in der Ordnung findet, wird doch regelmäßig nicht selber den Übeltäter in die Grube hineinstoßen, wenn er nicht von selbst hineinfallen sollte. Wer noch so wenig den Leichtsinnigen, der sich, weil er trotz Warnung die Völlerei nicht lassen konnte, die Gesundheit ruiniert hat, entschuldigt, wird sich doch nicht selber berufen fühlen, die verdiente, aber nicht von selbst eintretende Gesundheitsschädigung selber hervorzurufen. Nur ist Eins nicht zu übersehen, worauf schon Adolf Merkel in feiner Weise aufmerksam gemacht hat: Wenn je die gesellschaftlichen Faktoren, speziell der Staat, in unzulänglicher Weise Vergeltung üben würden, dann würde der „kategorische Imperativ" in weitesten Kreisen hervorbrechen. Denn wenn sich heute die Einzelnen keinen Beruf zur Vergeltung zuschreiben, so liegt das großenteils an der Vorstellung, daß man der eigenen Tätigkeit durch den Staat überhoben sei. Fällt diese Zuversicht weg, dann werden sich Unzählige gedrungen fühlen, in die Bresche zu treten und ihre Legitimation zur Vergeltung eben daraus herleiten, daß sonst das durch die Vergeltungsidee Gebotene unterbleibt — etwa wie jemand, der in einem Verein die Vorstandschaft zu übernehmen weder Neigung noch Beruf in sich fühlt, sich dennoch — faute de mieux — zum Vorstande wählen läßt, weil er den Verein und eine Leitung für unerläßlich hält und sich sonst niemand findet, der die Bürde auf sich nähme. Im allgemeinen aber richtet das Volk seine Blicke erwartungsvoll auf

den Staat: ihm legt es seine Vergeltungswünsche auf die Kniee[1]).

§ 4. Die Vergeltung als Gesetzgebungsproblem.

I. Als das Ergebnis der bisherigen — noch außerhalb des Juristischen liegenden — Untersuchungen läßt sich feststellen, daß, wenn der Staat die Vergeltung in die Hand nimmt, er damit einem bei den Rechtsgenossen vorhandenen ethischen Bedürfnis entgegenkommt, daß aber in der Vergeltungsidee als solcher noch keine Aufforderung für den Staat liegt, sich dieser Tätigkeit anzunehmen. Der Staat ist sozusagen ethisch aktiv legitimiert zu vergelten, aber mehr auch nicht.

Wer also seinen Wunsch, daß gerade der Staat sich dieser Aufgabe unterziehen solle, rechtfertigen will, muß notwendig den transzendenten Boden der Ethik verlassen und sich auf juristisch-gesetzgebungspolitischen Boden begeben. Dies verkannt zu haben, war der Fehler der alten Vergeltungstheorien. Mochten sie die Vergeltungsidee als religiös-sittliche (Stahl) oder als moralische schlechthin (Kant 1788) oder endlich als eine wenn auch „rechtliche“, so doch dem kategorischen Imperativ entfließende, mithin doch in letzter Linie ethische

---

1) Heinr. Maier, Psychologie des emotionalen Denkens 692: Gewiß erblickt das Volksbewußtsein im Staat ... das Organ der irdischen Vergeltung; denn nicht bloß daß der Staat die Aufgabe habe, die sittlichen Normen, welche Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre und Vermögen der Individuen schützen, zur Geltung zu bringen, wird angenommen, es wird ihm vielmehr in erster Linie zugemutet, die Verletzungen dieser Normen zu ahnden — der kultivierte Teil der heutigen Menschen hat sich daran gewöhnt, den Staat als Funktionär der Vergeltung zu betrachten“.

(Kant 1797) fassen, sie alle blieben den Nachweis schuldig, weshalb sie gerade den Staat, der doch nicht Mädchen für alles ist, anriefen, Vergeltung zu üben.

Und an ganz derselben Schwäche kranken auch die Vergeltungstheorien, die sich bescheiden, die Vergeltung als dialektisch-logisch (Hegel) oder als ästhetisch (Herbart) geboten nachzuweisen. Hier tritt die Schwäche sogar noch besonders deutlich hervor, weil die Logik uns nur die Form unseres Erkennens, die Ästhetik nur die Erklärung für Gefallen oder Mißfallen an die Hand gibt, wir uns dabei also in rein deskriptiven Grenzen bewegen und so nimmermehr zu Normen für das praktische Handeln gelangen können.

Aber auch die „sühnende, reinigende Kraft des Schmerzes", in der Kohler die Rechtfertigung der Strafe findet, kann m. E. teleologisch nicht genügen. Denn auch hier würde sich fragen, wieso gerade der Staat dazu kommen soll, solche ethische Veredlungsprozeduren vorzunehmen — den Verbrecher in ein irdisches Fegefeuer zu schicken. Ähnliches gilt gegenüber dem Prinzip der „sittlichen Vervollkommnung" (van Calker und Netter), wenn man es auf die sittliche Hebung des einzelnen Delinquenten beziehen will[1]).

---

[1]) Will man letzteres nicht, meint man vielmehr, wie dies namentlich in van Calkers neuester Schrift „Gesetzgebungspolitik und Rechtsvergleichung" (1908) hervortritt, mit der „Vervollkommnung" als dem Prinzip der Gesetzgebung wie alles menschlichen Handelns lediglich das „Fortschreiten zum Besseren", den „Wegfall von Mängeln", so ist natürlich gegen die Proklamation des Vervollkommnungsprinzips nicht das Geringste einzuwenden, denn wer wollte nicht „vorwärts" schreiten? Dann sinkt aber das Prinzip zu einem reinen Formalprinzip herab — wie auch van Calker selbst betont —, und vermag

Die Vergeltung muß nach dem treffenden Ausdruck von Richard Schmidt[1]) „verweltlicht" werden, um für den gesetzgebenden Staat in Frage zu kommen; in den Dienst eines „starren Begriffs" wollen auch wir heutigen Anhänger der sog. klassischen Richtung im Strafrecht, wenigstens wohl die meisten von uns, die Vergeltung keineswegs stellen, wie uns das öfter von gegnerischer Seite imputiert wird.

Den Individuen die „richtige" Weltanschauung aufzunötigen, kann nicht Sache des modernen Staates sein[2]), das wäre ein Glaubenszwang in optima forma.

II. Wer dem Staate anrät, daß er die Vergeltung im Wege der Gesetzgebung zur Staatsaufgabe erkläre, muß also die allgemeine Regel aufsuchen, nach der sich bestimmt, ob und was für Gesetze überhaupt der Staat erlassen solle. Das Problem des Gesetzgebungsideals taucht auf und kann hier nicht ganz umgangen werden.

Bekanntlich hat v. Liszt die Richtschnur für die Gesetzgebung in den historisch gegebenen „Entwicklungstendenzen" gesucht[3]). Es gelte nur, die bisher hervorgetretenen Entwicklungsstufen festzustellen und den dadurch uns unter den Fuß gegebenen Schritt zu tun. v. Liszt hat gerade auch in der hier interessierenden Richtung von dem evolutionistischen

---

zur Lösung der Frage, ob der Staat vergelten solle, nichts beizutragen, da nunmehr erst aufzuzeigen ist, ob das Fallenlassen der Vergeltung einen Rückschritt darstellen würde, ob nicht die Vergeltung einen „Mangel" ausmacht und ein vergeltungsfreies Recht das „Bessere", also einen „Fortschritt" bedeuten würde.

1) Aufgaben der Strafrechtspflege, 54.

2) Vgl. R. Schmidt, Aufgaben der Strafrechtspflege, 52 f.

3) Ztschr. f. Str.R.Wiss. 26 553, 27 91.

Standpunkte aus die Parole ausgegeben: Zurückdrängung der Vergeltungsidee in der Strafgesetzgebung bis zu der schließlich zu erwartenden völligen Reinigung des Strafrechts von dem Vergeltungsgedanken; denn, sagt er, die Strafgesetzgebung hat bisher den Vergeltungsgedanken immer mehr verkümmern lassen und damit ist der Weg für die Zukunft vorgezeichnet.

Es mag hier nun auf sich beruhen bleiben, ob wirklich die Vergeltung im Strafrecht mehr und mehr in Abfall gekommen ist — der Beweis dafür ist jedenfalls noch nicht geführt. Wäre es wirklich der Fall, so wäre das gänzlich belanglos, denn der Evolutionismus als Prinzip des Handelns und speziell der Gesetzgebung ist schlechthin unmöglich [1]).

Zugegeben werden soll, daß alles Weltgeschehen mit Einschluß der menschlichen Handlungen [2]) unter dem Kausalgesetz steht; daß sich in ihm Entwicklungstendenzen beobachten lassen; daß solche Entwicklungstendenzen auch menschliches Handeln im Banne halten. Was ist damit gesagt? Doch nur, daß wir, an einem Punkte der Entwicklungsreihe stehend, rückschauend die stufenweise Aufeinanderfolge der Ereignisse erkennen und daraus für die Zukunft schließen, es werde das Kom-

---

1) Es darf hier verwiesen werden auf meine Ausführungen Ztschr. f. Str.R.Wiss. 26 693; ferner auf Ztschr. f. Str.R.Wiss. 26 696 (Thomsen); 921 (Klatscher); Mon.Schr. f. Krim.-Psych. 2 422 (Radbruch), 4 80 (Kantorowicz), 4 344 (Hegler); Vergl. Darst. des deutschen und ausländ. Str.R., Bes. Teil, 1 116 (Gerland); 3 129 (Kohlrausch); 8 2 (Wach); Allg. T. 1 171 (Kitzinger), 274 (Kleinfeller). Schweiz. Ztschr. f. Str.R. 19 134 (Hafter); Gerichtssaal 52 110 (Schoetensack); van Calker, Gesetzgebungspolitik und Rechtsvergleichung (1908). In v. Liszts Bahnen wandeln nur Feisenberger, Ztschr. f. Str.R.Wiss. 27 460 und Makarewicz, das. 26 927. Vgl. auch Birkmeyer, Grundriß 7 19.

2) Vgl. unten S. 55f.

mende sich in der gleichen Richtung entwickeln, also etwa es würden die Indianer oder die Büffelherden in Amerika allmählich aussterben, die Kurse an der Börse weiter fallen oder steigen, die Menschheit den Bier- und überhaupt Alkoholkonsum einschränken usw. Aber die pro futuro angestellten Berechnungen können trügen; sie haben nur den Wert von Vermutungen. Denn die bisherige Entwicklungstendenz kann umbiegen, ja der Fortgang der Ereignisse kann die diametral entgegengesetzte Richtung einschlagen: der auf den Aussterbeetat gesetzte Volksstamm kann von neuem aufblühen, die Kurse können plötzlich wieder steigen bezw. fallen usw. Man darf sich nicht darauf berufen, daß — selbstverständlich — diese Wandlung doch auch ihre Ursachen haben muß, als habe man damit bewiesen, daß auch in der neuen Richtung „Evolution" liege. Denn damit würde man „Evolution" einfach im Sinne der Kausalität nehmen und das ihr Charakteristische, das Verharren in einer bestimmten Richtung, preisgeben.

So ist also der Evolutionismus schon als Prinzip des Erkennens des Zukünftigen nur mit Vorbehalt — salvo errore — verwertbar; mit dem Vorbehalt nämlich, daß nicht unserer Berechnung zuwider kausale Faktoren, die uns unbekannt sind, eine gegenläufige Entwicklungsrichtung bedingen. Mit diesem Vorbehalt steht es uns natürlich auch frei, aus dem Umstande, daß menschliche Handlungen bisher bewußt oder unbewußt von einer Entwicklungsstufe zur andern vorgeschritten sind, zu schließen, daß sich die künftigen Handlungen in der gleichen Richtung bewegen werden. Aber auch der Determinist strengster Observanz kann sich der Einsicht nicht verschließen, daß sich für das künftige Handeln möglicherweise

bisher verschleierte kausale Kräfte — neu gewonnene Einsicht usw. — herausstellen, die ein Handeln mit vollkommen abweichender Entwicklungstendenz herbeiführen. Schlechthin unbrauchbar ist vollends der Evolutionismus, wenn er sich als bewußtes Normativprinzip für unser Handeln aufspielen will. Wo wäre der Mensch zu finden, der den Inhalt seiner Entschließungen von einer Feststellung der bisherigen Entwicklungstendenz abhängig macht? Möglich, daß man, diese erkennend, sich sagt, daß man gegen sie machtlos sei, und deshalb nicht gegen den Lauf der Dinge fruchtlos anzulaufen unternimmt, etwa dem Niedergange des Handwerks nicht entgegentritt. Aber möglich natürlich auch, daß man sich die Kraft zutraut, der bisherigen Richtung der Entwicklung ein Ziel zu setzen; dann wird man, wenn man dieser Entwicklungsrichtung Antipathie entgegenbringt, selbstverständlich gegen sie handeln — und wie oft das mit Erfolg geschehen ist, das lehrt die Geschichte. Niemand wird behaupten wollen, wer sich bisheriger Entwicklungstendenz entgegenstemme, handle wie er nicht „solle". Pflichten irgend welcher Art legt uns die bisherige Entwicklungstendenz nicht auf. Eine Synthese des Seienden und des Seinsollenden stellt der Begriff der Entwicklung nicht dar[1]).

Diese „Synthese" würde auch im Grunde nichts anderes sein als eine wissenschaftliche Benennung des — „Fortwurstelns"!

---

[1]) Ich darf hier noch besonders hervorheben, daß v. Liszt im Irrtum ist, wenn er E. Adickes auf seiner Seite zu haben glaubt (Ztschr. f. Str.-R.-Wiss. 27 94), insbesondere wenn er auf den Untertitel von Adickes Kant kontra Häckel, 2. Aufl., verweist. Dieser Untertitel lautet: „Für den Entwicklungsgedanken gegen naturwissenschaftlichen

III. Vollkommen unabhängig von den etwaigen bisherigen angeblichen Entwicklungstendenzen in der Gesetzgebung haben wir also, wenn es zu entscheiden gilt, ob der Staat durch seine Gesetzgebung die Vergeltung in die Hand nehmen „soll“, teleologisch vorzugehen. Die Frage formuliert sich also dahin:

1. Welche hier interessierenden Zwecke sind als vernünftige Zwecke staatlicher Gesetzgebung gegeben?
2. Ist die Vergeltung ein geeignetes Mittel zu ihrer Erreichung?

Die Älteren redeten ganz unbefangen von einem „Vergeltungszweck“, und auch heute noch fließt diese Ausdrucksweise mitunter in die Darstellung ein. Ein solcher Vergeltungszweck ist nicht anzuerkennen. Die Vergeltungsidee kann zum Vergeltungszweck nur vom Standpunkte der idealistischen Weltanschauung erhoben werden. Aber so sehr man dieser anhängen kann, so reicht doch alle „Gerechtigkeit“ der Vergeltung nicht aus, um den Staat zu nötigen, als Organ des „Absoluten“ die Vergeltung zu üben[1]). Müßte doch sonst konsequent auch verlangt werden, daß der Staat alle lobenswerten Handlungen durch staatliche Vergeltung in bonam partem kröne.

Der Einwand unserer Relativisten, daß eine „zwecklose“

Dogmatismus“, hat also mit der hier in Frage stehenden Herausstellung von Normen für die menschlichen Entschließungen gar nichts zu tun. Ich bin von Herrn Koll. Adickes zu der Feststellung ermächtigt, daß nach seiner Ansicht das Seinsollende sich nicht aus dem Seienden ableiten läßt, weil es ein Ideal darstellt, das sogar zu dem Seienden in schärfsten Gegensatz treten kann, und durchweg auf Wertungen beruht, die rein subjektiv sind.

[1]) S. oben S. 26ff., dazu R. Schmidt a. a. O. 52ff.

Vergeltung, die Vergeltung als Selbstzweck genommen, eine Torheit wäre, ist nicht unberechtigt. „Der Staat“ sind wir selbst, und wenn man uns zumutet, finanzielle Opfer zu bringen, damit der Staat die ungeheuren Summen für die Vergeltungstätigkeit aufbringe, so muß aufgezeigt werden, wofür das geschieht.

Es muß also ein außerhalb des Vergeltungsbegriffs liegender Zweck aufgesucht werden. Und dieser kann dem Grundgedanken der Rechtsordnung gemäß — omne jus hominum causa constitutum est — nur der Schutz realer Interessen, die „Utilität“, sein[1]). So wenig die Utilität bei der Vergeltungsidee als solcher und ihrer sittlichen Wertung mitspricht, so sehr bedarf der Staat der utilitaristischen Rechtfertigung, wenn er sich zum Vollstrecker der Vergeltungsidee aufwirft.

Hier ist nun die Feststellung von eminenter Bedeutung, daß neben die bunte Vielheit der unmittelbar gegebenen Lebensinteressen mit dem Augenblick, in dem der Staat als Schützer solcher Interessen auftritt, ein neues, mit jenen nicht identisches Interesse gegeben ist: das Interesse an der staatlichen Autorität selbst, das in dem Selbsterhaltungsinteresse des Staates wurzelt[2]). Dieses Interesse ist ja zweifellos nur

---

[1]) Auf die feineren Fragen nach der Staatsidee und nach dem „richtigen Recht“ kann hier natürlich nicht eingegangen werden.

[2]) Neben diesen Grund zur Ausübung der Vergeltung tritt für den modernen Staat noch ein zweiter: die völkerrechtliche Verpflichtung gegenüber anderen Staaten, die da ihre eigene Bedeutung hat, wo sich unser Staat für die Vergeltung mit Rücksicht auf seine eigene Autorität nicht interessieren würde. Wo dieser Zweck dem Staate vorschwebt, gibt natürlich er das Maß dafür, inwieweit etwa von

ein abgeleitetes, sekundäres: es besteht nur, weil die autoritätheischende Macht die Schützerin jener anderweiten Interessen ist, und würde wegfallen, wenn sie aufhörte, dies zu sein. Aber dennoch verselbständigt es sich zu einem Interesse sui generis, das nicht davon abhängig ist, ob im konkreten Falle eines jener anderen Interessen konkurrierend in Frage steht; es ist durchaus nicht bloß ein Sammelbegriff aus diesen. Dies deshalb, weil erfahrungsgemäß die Stärkung der Autorität als solche dem Interessenschutz überhaupt zugute kommt, ihre Schwächung den Interessenschutz überhaupt ins Zweifelhafte stellt. Darauf weist ja auf das deutlichste die Pädagogik hin, wenn sie konsequente Wahrung der Autorität als das oberste Gesetz hinstellt. Büßt der Erzieher seine Autorität ein, und wäre es auch anläßlich eines Falles, in dem es auf die Durchsetzung des Gebotenen überhaupt materiell nicht ankam, so wird gar leicht Alles drunter und drüber gehen, und die materiellen Erziehungsinteressen werden selber Not leiden. Entsprechendes müßte für die vom Staate gepflegten Interessen gelten, wenn die Staatsautorität zur verhöhnten Vogelscheuche würde.

Damit soll natürlich nicht gesagt sein, daß das Autoritätsinteresse stets auch da, wo hinter ihm keine anderen Interessen stehen, unerbittlich durchgedrückt werden müßte. Solche zärtliche

---

Vergeltung ganz oder zum Teil Abstand genommen werden kann. Im übrigen — also nach der positiven Seite hin — ändert dagegen dieser Zweck den Charakter des staatlichen Vergeltungsrechts nicht. Es ist deshalb im folgenden auf die Fälle, in denen die staatliche Vergeltung auf internationale Rücksichten zurückgeht, keine Rücksicht genommen.

Pflege der eigenen Autorität wäre Tyrannei à la Landvogt Geßler. Nur das Eine folgt aus dem Gesagten unwiderleglich, daß eine unbedingte Abhängigkeit des Interesses an der Autoritätswahrung von der Aufdeckung der konkreten Interessen des einzelnen Falles nicht besteht, und daß jenes jedenfalls als eines der vom Staate zu schützenden Interessen, als selbständiger Rechnungsposten, mit in die Rechnung einzustellen ist.

2. Daß nun für den Zweck der Wahrung der Autorität die Vergeltung in erster Linie vortrefflich geeignet ist, liegt auf der Hand. Das der Autorität korrespondierende Gefühl des Respekts wird — wie empirisch leicht nachweisbar — durch zwei Umstände erzeugt und genährt: einmal durch die Erkenntnis der Machtbewährung, sodann durch die Zufriedenheit mit dieser. Vor dem Ohnmächtigen hat man keinen Respekt; und ebensowenig vor dem Machthaber, dessen Schritte man mißbilligt; Furcht oder notgedrungene Schmiegsamkeit sind vom Respekt weit entfernt. Die Vergeltung durch den Staat entspricht durchaus jenen Bedingungen. In ihr tritt nachdrücklich die Macht des Staates hervor; und sie löst, wie oben gezeigt, allseitig das Gefühl der Befriedigung oder Genugtuung aus. Soll sich der Staat dieses Mittel, seine Autorität zu wahren, entgehen lassen? Soll er sich etwa, wie der Schneider Hannes in Otto Ludwigs „Aus dem Regen in die Traufe“ darauf beschränken, emphatisch bei jeder Gelegenheit auszurufen „Respekt muß im Hause sein“ und sich durch leere Proteste in der Illusion wiegen, daß man ihn respektiere?

Man mache doch die Probe auf das Exempel! Man denke, ein Staat stellte die Tätigkeit der Vergeltung in malam partem

ein. Mit dem Emporlodern der eigenmächtigen Vergeltung, das dann unfehlbar eintreten würde[1]), dem Faustrecht, wäre, wie die Geschichte lehrt, die Autorität des Staates untergraben; die staatliche Rechtsordnung wäre damit abgedankt. Diesem Verlust der Autorität könnte der Staat auch durch eine noch so intensive Vorbeugungstätigkeit gegen künftige Übeltaten nicht begegnen — wie auch der Schulmeister, der einzig darauf bedacht ist, künftige Ungezogenheiten der Zöglinge zu verhüten, ohne gegen die geschehenen als solche zu reagieren, aus einer Autoritäts- und Respektsperson ein bloßer Gegner wird, mit dem die Zöglinge in beständigem Kampfe liegen werden[2]).

Die staatliche Vergeltung erweist sich so als ein Blitzableiter gegen die Gefahr des Autoritätsverlusts. Sie stellt sich mut. mut. den staatlichen Prozeßeinrichtungen an die Seite. Den Rechtsgang vor staatlichen Rechtspflegeorganen schafft der Staat ja auch nur, weil sonst der Rechtsschutz durch Fehdegang gesucht, und damit die staatliche Autorität und Ordnung untergraben werden würde.

Aus diesem eminenten Interesse des Staates erklärt sich auch, weshalb des Umstandes nicht geachtet wird, daß die Vergeltungstätigkeit dem Staate selber eine schwere Last ist, seinen Organen Mühe und Arbeit, ihm selbst ungeheure Kosten auferlegt. Dieser Übelstand muß mit in den Kauf genommen werden. Nimmt doch auch der verständige Erzieher viel für ihn Unangenehmes hin — etwa der körperlich schwache oder

---

1) Oben S. 28.

2) Darauf ist unten § 9 noch näher einzugehen.

kranke Vater, der, indem er das Kind schlägt, der eigenen Ermattung oder Schmerzen nicht achtet.

Binding hat diese Gedankengänge u. a. auch in die Formel gekleidet: Aus dem Verbrechen entspringe für den Staat das Recht, an dem Verbrecher Vergeltung zu üben; aus der Rücksicht auf die Autoritätserhaltung ergebe und umgrenze sich die Pflicht des Staates, von seinem Recht Gebrauch zu machen. Diese Ausdrucksweise ist nicht glücklich. Sie operiert mit einem apriorisch vor aller positiven Rechtsordnung bestehenden „Recht", also einem jedenfalls nicht juristischen Recht; und sie nennt eine bloße Staatsaufgabe „Pflicht", ohne daß sie — was für den juristischen Pflichtbegriff unerläßlich — ein berechtigtes Subjekt namhaft machen könnte. Und gerade, wer mit Binding davon überzeugt ist, daß ausschließlich der Wille des rechtbildenden Faktors der Schöpfer subjektiver Rechte und Pflichten ist, kann dem Staate keine aus mystischer Quelle fließenden Rechte und Pflichten zuweisen.

Aber substituiert man dem sog. „Recht" des Staates zu vergelten lediglich den Gedanken, daß sich nach allgemeinem sittlichen Empfinden der Verbrecher nicht beklagen könne, wenn er staatlicherseits Vergeltung erleidet, und substituiert man der „Pflicht" des Staates zur Vergeltung den Gedanken, daß der Staat im Rahmen seiner Gesetzgebungsaufgabe bleibt, wenn er nach Maßgabe der Notwendigkeit der Bewährung seiner Herrlichkeit vergilt, so ist damit das Verhältnis von Vergeltungsidee und staatlicher Vergeltungsübung richtig umschrieben.

Aus ähnlichen wie den im Vorstehenden entwickelten Gedankengängen heraus ist auch Richard Schmidt in seinen

„Aufgaben der Strafrechtspflege“ zu einer Rechtfertigung des staatlichen Vergeltungsrechts gelangt.

Nur formuliert er am letzten Ende die „Generalprävention“ als den Zweck der staatlichen Vergeltungstätigkeit, fußend darauf, daß die Staatsautorität selber nur dazu da ist, generell dem kommenden Unrecht vorzubeugen. Der Grundgedanke ist unzweifelhaft richtig: er urgiert die sekundäre Bedeutung der Staatsautorität. Schmidt verfällt auch nicht in den Fehler, das jeweilige Einzelinteresse, das es pro futuro zu schützen gilt, mit dem Autoritätsinteresse zu konfundieren. Dennoch ist seine Formulierung mißlich, und sie hat ja auch tatsächlich den naheliegenden Einwand hervorgerufen: wenn es sich doch nur um die Verhütung künftiger Verbrechen handelt — was bleibt dann noch von „Vergeltung“ übrig? Weshalb Verhütung künftiger Verbrechen nur unter den Voraussetzungen und nach dem Maße der vergeltenden Reaktion gegen vergangene Verbrechen? Weshalb andererseits „generell“ prävenierende Schritte ohne den Nachweis tun, daß im konkreten Falle Prävention geboten ist — also doch ins Blaue hinein „prävenieren?“

Der Fehler der Schmidtschen Formel besteht in der direkten Identifizierung der Staatsautoritätswahrung mit der Generalprävention und damit in der Identifizierung des Autoritätsinteresses mit den anderweitigen Staats- und Privatinteressen in ihrer Gesamtheit. „Generalprävention“ kann offenbar nur zweierlei bedeuten. Entweder man versteht darunter die summierende Zusammenfassung aller Spezialpräventionen; dann bilden die mannigfaltigen Einzelinteressen in ihrer Summe den Lebenswert, dem die „Generalprävention“ dienen will. Dann aber ist es unmöglich, in einem konkreten Falle General-

prävention zu üben, wo ein Anlaß zur Prävention überhaupt nicht vorliegt, m. a. W. die Generalprävention hat dann begrifflich keine Sonderbedeutung gegenüber der Spezialprävention. Oder aber — und dies liegt in Schmidts Auffassung, da er die Vergeltung von der Notwendigkeit des Nachweises eines Anlasses zur Spezialprävention unabhängig stellt — die Generalprävention bedeutet eine „Generalisierung" in dem Sinne, daß die Vergeltung nicht den Einzelinteressen dienstbar gemacht wird, sondern irgend einem allgemeinen Lebenswert, der auch da gegeben sein kann, wo ein schutzbedürftiges Einzelinteresse nicht nachgewiesen werden kann. Dann aber bedeutet dieser allgemeine Lebenswert, d. i. das Interesse an der Staatsautorität, ein verselbständigtes Interesse, und die ihm dienende staatliche Vergeltung verliert damit den direkten Zusammmenhang mit der „generellen Prävention": der Gedanke, daß künftiges Unrecht verhütet werden soll, sinkt herab zum bloßen Motiv dafür, weshalb der Staat auf Autorität hält, zur bloßen Begründung des Vorhandenseins eines Interesses dieser Art. So erklärt sich, weshalb es keines Ausblickes auf irgend welche „generell" zu schützenden Spezialinteressen bei der staatlichen Vergeltung bedarf: hat man ein Bollwerk errichtet, so ist eben das Bollwerk selbst damit zum Gegenstand unserer Pflege geworden, und wir verbitten uns Angriffe darauf auch da, wo die dadurch geschützten Interessen selbst nicht mit angegriffen sind.

Es verhält sich genau wie mit der militärischen Disziplin. Sie ist von Wert um der Wehrkraft des Staates halber; aber sie ist dennoch ein Gegenstand des Interesses und des Rechtsschutzes auch da, wo in concreto die primären Interessen in

keiner Weise engagiert sind, und sie wird deshalb auch da durchgedrückt, wo es sich um absolute Nichtigkeiten ohne realen Wert handelt.

So ist also jedenfalls von der Vergeltung nicht zu sagen, sie sei „Rechtsgüterschutz durch Rechtsgüterverletzung“; sie ist Schutz nur eines einzigen Rechtsguts: der Staatsautorität.

IV. Mit dieser juristischen Fundierung der staatlichen Vergeltung auf das Autoritätsinteresse ist zugleich ein Einwand abgeschnitten, der dahin geht, die staatliche Vergeltung sei nur demjenigen Verbrecher gegenüber zu rechtfertigen, der sie selber als gerecht anerkenne, der also selber die Vergeltungsidee als sittliche Idee in sich trage — als sei das staatliche Vergeltungsrecht von Verbrechers Gnaden abhängig. Selbstverständlich bleibt es dem von solcher staatlichen Reaktion Betroffenen unbenommen, die ihm widerfahrene Vergeltung als unsittlich zu empfinden, und zwar nicht bloß als deshalb unsittlich, weil er in concreto keinen Grund zur Vergeltung anerkennen mag oder das konkrete Vergeltungsmaß ungerecht findet, sondern auch als deshalb unsittlich, weil er in abstracto die Sittlichkeit der Vergeltung überhaupt ablehnt. Aber das ist seine Privatsache. Für den Staat kommt es nur darauf an, ob er in dem allgemeinen Volksempfinden seine Rückendeckung und damit eine Stärkung seiner Autorität findet. Gesetzgeberische Maßregeln, die es allen recht machen, wird es ja überhaupt kaum geben. Sind doch auch z. B. Enteignungsgesetze auch gegen denjenigen anwendbar, der die Enteignungsidee mit Entrüstung ablehnt! Nicht minder alle Maulkorbgesetze, durch die den Individuen ein Handeln unmöglich gemacht wird, um die Interessen der Allgemeinheit zu schützen, auch gegen den-

jenigen anwendbar, der Anlegung von Maulkörben als eine unsittliche Einengung der Freiheit und der Menschenwürde empfindet!

Auch der Umstand vermag an der Tauglichkeit der Vergeltung für die Bewährung der Staatsherrlichkeit nicht irre zu machen, daß es Einzelne gibt, die — mit Lipps[1]) — das Gefühl der Befriedigung über geschehene Vergeltung für illusionär erklären. Es kommt bei Erlaß von Rechtssätzen nicht darauf an, daß durch diese Rechtssätze Allen durch die Bank etwas geboten wird. Der Staat wird Rechtssätze zum Schutze des Pietätgefühls auch dann erlassen, wenn er weiß, daß es pietätlose Individuen gibt; Rechtssätze zum Schutze des Privateigentums auch wenn er weiß, daß es Leute à la Diogenes gibt, die in der größten Bedürfnislosigkeit ihr Glück suchen. Selbst wenn der Staat dem Einzelnen ein Recht auf Vergeltung geben wollte (wie bei der Privatstrafe), könnte ihn darin der Gedanke nicht stören, daß Etliche keinen Sinn für Vergeltung haben. Für den modernen Staat steht aber obenein die Sache so, daß er sich selber das Recht auf Vergeltung beilegt; und dafür muß unter allen Umständen genügen, daß die Vergeltung bei der großen Masse der Rechtsgenossen ein Befriedigungsgefühl auslöst.

V. Nimmt der Staat nun die Vergeltung in der Tendenz der Wahrung seiner Autorität in die Hand, so müssen sich freilich notwendig gewisse Modifikationen ergeben, die, ohne das Wesen der Vergeltung zu ändern, doch auf die Voraussetzungen ihrer Anwendung Einfluß üben. Die Vergeltungsmaßregel muß

---

1) Oben S. 15.

dem Zwecke, dem sie vom Standpunkte des Staates aus dienen soll, angepaßt werden. Es verhält sich damit etwa so, wie wenn jemand eine Uhr als Zimmerschmuck haben will: er kann einerseits nicht jede beliebige Uhr dazu brauchen, sondern nur solche, die sich den Größenverhältnissen des Zimmers usw. anpassen; er muß andererseits gewisse Zutaten (äußere Ausstattung, Milderung des Tons des Schlagwerks usw.) hinzufügen.

1. In Hinblick darauf, daß ausschließlich das Autoritätsinteresse es ist, um dessentwillen vergolten werden soll, kann der Staat im allgemeinen auf die Vergeltung in bonam partem in Pausch und Bogen verzichten. So sehr er dem Vergeltungsbedürfnis entgegenkommen würde, wenn er auf Verdienste staatliche Belohnungen setzte, so braucht er sich dafür doch nicht zu interessieren; seine Autorität leidet nicht, wenn er die Belohnung für Guttaten anderen Faktoren überläßt. Das ist der Grund, weshalb es ein systematisch entwickeltes „Lohnrecht" nicht gibt[1]).

Sodann wird aber der Staat auch die Vergeltung in malam partem nicht entfernt in vollem Umfang zu üben haben. Nicht jede Untat muß staatlich gerochen werden. Die Vergeltung als Staatsaufgabe hat nur in den Grenzen des für die Autoritätswahrung Notwendigen Berechtigung[2]). Denn nur ein Doktrinär

[1]) Natürlich aber wird in gewissen Grenzen der Gedanke, daß staatliche Belohnungen den Belohnten besonders eng an den Staat fesseln können, auch zu lohnrechtlichen Gesetzen führen (Orden, Ehrenzeichen, Titel usw.!).

[2]) Indem ich einer Einschränkung der staatlichen Vergeltung das Wort rede, weiche ich von der Auffassung namhafter Vertreter der

kann glauben, daß die Autorität eine mathematische Rechnungsgröße sei, die quantitativ, nicht qualitativ zu erfassen wäre. Sie ist vielmehr, wie das ihr korrespondierende Respektsgefühl, nur davon abhängig, daß sie sich grundsätzlich in allem Wesentlichen erweist; daß die Autoritätsperson sich gelegentlich einer Machtäußerung enthält, vermindert die Autorität ebensowenig, wie eine Handschrift dadurch aufhört eine leserliche zu sein, daß hier und da ein Tüpfelchen über dem i fehlt oder ein Wort undeutlich geschrieben ist. Deshalb wird die staatliche Gesetzgebung darauf bedacht sein, alle Bagatellen beiseite zu lassen — minima non curare. Das heißt nicht etwa, daß die „kleinen Verfehlungen" als solche grundsätzlich beiseite gestellt werden sollen. Auch die kleinste Verfehlung, auch diejenige, durch die in concreto materiell überhaupt kein Interesse angegriffen war, kann die staatliche Vergeltung notwendig machen; es kommt für die Einschätzung, ob eine „Bagatelle" vorliegt, nur darauf an, ob die Nichtahndung einen wesentlichen Autoritätsverlust für den Staat bedingen würde. Auch der Staat muß, mit Hamlets Worten gesprochen, „einen Strohhalm selber groß verfechten, wenn Ehre auf dem Spiel". Wo er, und wäre es bei einer materiell noch so bedeutungslosen Handlung, durch Hingehenlassen der Unbotmäßigkeit selber eine Schlappe erleiden würde, kann er nicht

klassischen Richtung, z. B. Bindings, Birkmeyers, ab, die jede schuldhafte Tat vergolten wissen wollen. Mir scheint dieser rigorose Standpunkt dem Wesen des staatlichen Vergeltungsrechts nicht zu entsprechen. Vergilt der Staat, weil es seinem Interesse entspricht, so muß er m. E. die Vergeltung notwendig unterlassen, wo sie seinen Interessen nicht entspricht. Nicht bloß das „Ob", sondern auch das „Inwieweit" muß von der Zweckidee beherrscht sein.

umhin, zu vergelten. Wo er dagegen durch geflissentliches Übersehen des Ungehorsams nicht nur nichts von seiner Autorität verliert, sondern womöglich — was die Analogie der Pädagogik als möglich ausweist — psychologische Eroberungen macht, da wird er herzlich gern sein Schwert in der Scheide lassen.

Aber auch da, wo die Vergeltung durch den Staat im Interesse seiner Autorität erwünscht wäre, wird nicht unbeachtet bleiben dürfen, daß dieses Interesse nur eins unter vielen ist, und daß möglicherweise seine Befriedigung nur auf Kosten anderer Interessen geschehen könnte. Hier sind unbedingt die streitenden Interessen gegeneinander abzuwägen. Und ergibt sich bei dieser Abwägung das — ja nur sekundäre — Autoritätsinteresse als das in concreto untergeordnete, so muß notgedrungen die Vergeltung ausgeschaltet werden.

Dies z. B. dann, wenn die zur Verfügung stehenden Vergeltungsübel Schädigungen bedeuten oder hervorrufen würden, die so schwer sind, daß der Staat lieber die Einbuße an Autorität im konkreten Falle hinnimmt. Das tritt einigermaßen meßbar auf pekuniärem Gebiete hervor. Kommt nach Lage des Falles nur Geldzahlung als Vergeltungsmaßregel in Frage, und würde diese zur Folge haben, daß der Schuldige und seine Familie derart der öffentlichen Armenpflege zur Last fielen, daß die nunmehr publico sumtu zu machenden Aufwendungen weitaus größer wären als die Einnahme, so wird für eine nüchterne Gesetzgebungspolitik die Festhaltung der Vergeltung jedenfalls in Frage gestellt sein[1]).

---

[1]) Womit nicht gesagt sein soll, daß die Sache mit solcher krämer-

Wo sich nicht einfach eine ziffernmäßige Rechnung aufmachen läßt, wird die Interessenwägung natürlich Schwierigkeiten begegnen. Aber es ist sicher, daß auch da häufig die Bilanzierung zuungunsten der Vergeltung ausfallen wird. Ich stehe nicht an, hierher den Fall zu rechnen, daß die Einsperrung eines bisher Unbescholtenen die Gefahr zeitigt, daß er nunmehr, nachdem er die Scheu vor dem Gefängnis eingebüßt, erst recht zum Verbrecher wird; der Staat wird hier daran wohltun, lieber sein Autoritätsinteresse für diesen Fall hintanzusetzen, als schlimme Schädigungen der Rechtsgenossen heraufzubeschwören.

Die Gegeninteressen können natürlich auch humanitäre sein: Aussicht, durch Strafnachlaß die guten Vorsätze im Verbrecher für die Zukunft zu stärken usw.[1]).

Auch da wird der Staat Bedenken tragen müssen, die Vergeltung durchzudrücken, wo die zu vergeltende Tat weiten Kreisen des Volkes derart als tiefsittlich oder religiös erscheint, daß ihnen der Täter, gegen den die Vergeltung geübt würde, zum Märtyrer seiner Überzeugungen würde. Die Vergeltung würde hier zwar in einem Teil der Rechtsgenossen beifällig begrüßt werden und dort die Autorität des Staates stützen; bei jenem anderen Teil aber feindselige, aus ethischer Quelle

---

haften und rein äußerlichen Buchung von Soll und Haben nach Mark und Pfennigen abgetan wäre!

[1]) Wenn von gegnerischer Seite — vgl. z. B. Stammer, Mon.Schr. f. Krim.-Psychol. 4 613 — die Sache mitunter so dargestellt wird, als müsse der vergeltende Staat in blinder Wut „wie eine rächende Furie“ an dem Verbrecher sein Mütchen kühlen, als hafte also dem Vergeltungsrecht ein pedantischer eigensinniger Charakter an, so ist das heute ein Kampf gegen Windmühlen.

fließende Stimmungen gegen den Staat auslösen und damit gerade jene selbe Autorität des Staates gefährden. Nimmt man hinzu, daß der Ingrimm gegen den Staat auf Seiten derer, die die Vergeltung als ungerecht empfinden, sehr viel intensiver sein wird, als die Unzufriedenheit derer, die ein Unterlassen der Vergeltung tadeln würden, so wird sich der Staat in dubio lieber für letzteres entscheiden. Solche Erwägungen werden namentlich für die Religionsdelikte bei starker konfessioneller Zerklüftung des Volkes am Platze sein.

Ob in derartigen Fällen, wo sich die Interessen feindlich kreuzen, von vorn herein durch Gesetz die Vergeltung auszuschalten ist, oder ob die Würdigung der Interessenlage dem Richter (bedingte Verurteilung usw.) oder dem Gnadenorgan überlassen werden soll, mag hier einstweilen auf sich beruhen.

Jedenfalls ist mit der im Vorigen gegebenen Begrenzung der staatlichen Vergeltung dem teleologischen Gedanken zu seinem Rechte verholfen. Und darin markiert sich deutlich der Umschwung der Zeiten. Wenn Kant die Vergeltung als absolut „notwendig" postulierte, so daß sie zur „starren" Vergeltung nach dem Satze „Fiat justitia, pereat mundus", und der Vergeltungstheoretiker zum Vergeltungsfanatiker wurde, so stehen wir Modernen nicht mehr auf diesem Standpunkt. Vielleicht, daß auch heute noch mancher im Resultat im allgemeinen auf dasselbe, wie Kant, hinauskommt, weil ihm die Wahrung der Autorität der Rechtsordnung durchgängig wichtiger erscheint als die Befriedigung etwaiger Gegeninteressen. Aber ist man sich in der allgemeinen Formel, daß der Staat nur zu vergelten habe, insoweit es die Wahrung seiner Autorität verlange, einig, so tritt die Differenz eben nur in der Bewertung der

Interessen selber hervor — und daß die Menschen die Interessen verschieden werten, das müssen wir ja auf dem ganzen Rechtsgebiet als unabänderlich hinnehmen. Und gewiß wird es heute nur wenige geben, die mit Kant die Hinrichtung des Mörders in dem Falle verlangen würden, wenn der Staat im Begriffe stände, sich aufzulösen. Wo für die Zukunft keine Staatsautorität mehr aufrecht zu erhalten ist, da hat natürlich die staatliche Vergeltung keinen Sinn mehr.

2. In den Händen des Staates muß sich notwendig die der Idee nach „sittliche" Vergeltung in „rechtliche" Vergeltung umwandeln. Denn der Staat als solcher ist nicht Tugendwächter, sondern regelt nur — in sozialeudämonistischer Tendenz — das äußere Zusammenleben der Rechtsgenossen.

Daher fällt für den Staat zunächst jede Reaktion gegen ethisch schlechtes Handeln als solches weg; er reagiert durch Vergeltung nur gegen staatswidriges = staatlich verbotenes = rechtswidriges Handeln.

Bei allem Festhalten an dem Requisit der Schuld, wie es in der Vergeltungsidee liegt, dem Requisit, daß die Innerlichkeit des Menschen, sein seelischer Anteil an der Tat, das zu Entgeltende darstellt, muß der Staat ferner notwendig zu einer Umformung der Schuld gelangen: er kann das rechtswidrige Verhalten nicht um deswillen vergelten, weil es aus ethisch trüber Quelle floß, sondern nur weil und insoweit es rechtsschuldhaft war. So wie objektiv der Widerstreit gegen das sittliche Gesetz nicht in Betracht kommt, ebensowenig die psychische Schlechtigkeit im Sinne der Ethik.

Durch die hiernach gebotene Umsetzung des sittlich Schlechten als Voraussetzung für die Vergeltung in das rechtswidrige rechts-

schuldhafte Verhalten wird das Wesen der Vergeltung nicht verschoben. Die staatliche Vergeltung bleibt auch so im Einklang mit der Vergeltungsidee.

Denn so wahr es auch ist, daß das Recht nicht als bloßer Ausschnitt der Ethik, sondern verselbständigt zu denken, daß es an sich moralfrei ist und auch Recht ist, wo seine Satzungen der ethischen Unterlage entbehren, so ist doch — glücklicherweise — die große Masse der Rechtssätze nicht im Widerstreit mit der Ethik. Sie stellen vielmehr das „ethische Minimum" dar. Möglich, daß dabei die staatliche Vergeltung hinter der ethisch geforderten zurückbleibt; darüber hinausgehen und damit das ethische Gefühl verletzen kann sie hier — eben bei diesen mit der Ethik konformen Rechtsanforderungen — nie, da hier bei Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen stets auch die eventuell weitergehenden Forderungen ethischer Schuld erst recht gegeben sind.

Gewiß treten nun dazu Rechtssätze, die ein ethisch irrelevantes Verhalten verlangen. Aber auch hier widerstreitet die staatliche Vergeltung für ein schuldhaftes Zuwiderhandeln der Ethik nicht. Denn erkennen wir, daß der Staat durch die große Masse seiner Rechtssätze eine Stütze der Ethik, eine ethische Lebensmacht ist, so gewinnt dadurch der Gehorsam gegen seine Gebote auch da ethischen Charakter, wo das Gebot auf ein an sich außerhalb der ethischen Normen liegendes Verhalten lautet; das Verhalten wird dann eben darum auch zu einem ethisch gebotenen, weil es der Staat heischt.

Möglich ist freilich endlich, daß die Gebote des Rechts mit denen der Ethik nach allgemeiner Auffassung in direkten Widerspruch treten. Wenn hier der Staat das rechtsschuld-

hafte Zuwiderhandeln gegen die Rechtsordnung zur Verantwortung zieht und vergilt, so setzt er sich mit der Vergeltungsidee in diametralen Widerspruch, denn dann diktiert er dem ein Übel zu, dem nach ethischer Anforderung eine Belohnung zukäme. Aber derartige, eine sittlich geforderte Handlung verbietende Staatsgesetze sind eben selber zu mißbilligen, weil sie nur Märtyrer schaffen und ihr Vollzug, statt Respekt zu erzeugen, im Gegenteil gegen den Staat gerichtete Widerstände und Verstimmung hervorruft und damit das eigene Autoritätsinteresse des Staates bedroht. Solche Gesetze sind auf die Dauer nicht lebensfähig[1]). Nicht an der Vergeltung als solcher haben wir hier Anstoß zu nehmen, sondern die staatliche Norm für das menschliche Verhalten selber disqualifiziert sich. Mit ihrer Aufhebung schwindet ohne weiteres die Disharmonie.

§ 5. Die charakteristischen Züge des staatlichen Vergeltungsrechts.

I. Schreitet man nun nach Gewinnung der Gesichtspunkte, die das staatliche Vergeltungsrecht als vernunftmäßig gerechtfertigt erscheinen lassen, zu der Frage vor, welche wesentlichen Charakteristika dieser Rechtsteil an sich tragen würde, so ergeben sich folgende grundlegende Feststellungen:

1. Der Vergeltung zugänglich ist nur die schon begangene Tat als ein konkreter in Raum und Zeit fixierbarer Einzelvorgang. Eine pränumerando-Vergeltung, ein erkaufbarer Ablaß widerspricht der Vergeltungsidee. Vergolten werden kann erst postquam peccatum est.

2. Nur die rechtswidrige Tat gibt der Möglichkeit der

---

[1]) Vgl. Heinr. Maier, Psychol. des emotionalen Denkens 692.

Vergeltung Raum. Denn nur die Aufrechterhaltung der eigenen Autorität, die sich in dem rechtlichen Gebot oder Verbot aussprach, ist der leitende Gesichtspunkt für den vergeltungübenden Staat.

3. Nur die zugleich auch schuldhafte Tat kann vergolten werden. Reine „Erfolgshaftung" ist mit dem Vergeltungsrecht unvereinbar. Denn ohne innerliche Fehlerhaftigkeit ist die rechtswidrige Tat nicht nur begrifflich unvergeltbar, sondern zudem auch zwar eine Beeinträchtigung des äußeren Zustandes, der dem Staatswillen entspricht, aber keine Verletzung des autoritativen Staatswillens, so wenig wie die „Autorität" des Grundstückbesitzers darunter leidet, daß Wasserfluten die gegen sie errichteten Grundstücksmauern zerstören oder übersteigen: die nicht schuldhafte Tat eines Menschen steht, weil nicht Respekt verletzend, insofern auf einer Stufe mit dem Einbruch der in Naturgewalten rechtlich geschützte Zustände.

Daraus ergibt sich:

Von Vergeltung kann da keine Rede sein, wo der Täter bei seiner Tat derart nezessitiert war, daß es nicht an ihm lag, wenn die Tat geschah. Denn ohne Vorwurf keine Vergeltung, Vorwürfe sind aber nur an die Psyche adressierbar. Somit Schuld = Vorwerfbarkeit = Vermeidbarkeit der Tat; Unschuld = Unmöglichkeit eines Vorwurfs.

Vorwürfe aber setzen ein mit Vernunft begabtes Wesen voraus, daher keine Vergeltung gegen Tiere oder menschliche Verbände; und sie können nur einsetzen bei solchem Verhalten des Menschen, das einer Willensentschließung entspringt; daher Vergeltung nicht gegen schlechthin ungewolltes Tun, sondern nur gegen Handlungen.

Und da die menschliche Handlung da, wo der in ihr lebende Wille nicht der Persönlichkeit entsprang, sondern nur ein notwendiges Produkt der vor ihm und um ihn wirksamen Kräfte war, dem Handelnden so wenig zum Vorwurf gemacht werden kann, wie das bloß äußere Tun, das überhaupt nicht durch seine Seele hindurchgegangen ist, so ist Vergeltung augenscheinlich nur denkbar, wenn der Täter z. Z. des Handelns in seiner Seele eine Widerstandskraft besaß, die ihn befähigte, den zu der Handlung in Gestalt der Motive hindrängenden Kräften zu trotzen. Ist doch der Wille, der nur will, was er muß, schlechthin über Lob oder Tadel erhaben. Ob sich der Leib oder die Seele unwiderstehlichem Zwange fügt, das kommt auf eins hinaus.

Damit ist meines Dafürhaltens für das Vergeltungsrecht die indeterministische Grundlage postuliert. Gewiß nicht der Indeterminismus alten Stils, demzufolge der Mensch auch nicht einmal ein Fluidum von den Motiven her verspüren sollte; wohl aber der „bedingte" Indeterminismus, der es ablehnt, die menschlichen Handlungen als das notwendige Ergebnis des ohne Zutun des Menschen gegebenen Charakters und der jeweils auftretenden motivierenden Kräfte anzusehen, und vielmehr die Widerstandskraft des Menschen als eine dritte mitwirkende und den Ausschlag zu geben geeignete Kraft, die man getrost auch die Vernunft nennen kann, mit in Ansatz bringt.

So hängt das Vergeltungsrecht davon ab, daß tatsächlich empirisch dem Menschen „Willensfreiheit" inne wohnt — die metaphysische Freiheit des intelligiblen Menschen bei empirischer Unfreiheit kann nicht genügen. Daß der Mensch willensfrei ist, dafür kann am Ende nur ein jeder seine eigenen

Erfahrungen anrufen. Aber wir sind eines umfassenderen Beweises dafür enthoben, weil die „Widerstandskraft", auf die alles ankommt, heute auch im deterministischen Lager kaum geleugnet wird. Sie tritt hier auf, wenn sie nicht direkt und ungeschminkt als „Widerstandskraft" bezeichnet wird, in der Formulierung als „Persönlichkeit", „die Eigenart, der Charakter", als „normale Bestimmbarkeit durch Motive", als „Fähigkeit, Gegenmotive in der Seele hervorzurufen", als „Fähigkeit, seinen Charakter zu bilden" oder es wird von einem Kräftespiel gesprochen, in dem der Wille des Menschen als bewegende Kraft „imstande ist, den Ablauf der Reihe mit zu bestimmen" usw.[1]) — alles wohl kaum mehr als Verlegenheitsausdrücke, die den Kern der Sache umgehen. Der soidisant Determinist ist in Wahrheit Indeterminist, soweit er eben jene Widerstandskraft als vorhanden anerkennt.

Daraus erklärt sich, daß auch zahlreiche Deterministen der Vergeltungstheorie anhangen. Sie alle setzen eben jene „Widerstandskraft" mit uns als vorhanden voraus.

Täusche ich mich nicht, so liegen auch die Skrupel, die die Denker unserer Tage abhalten, sich zum Indeterminismus zu bekennen, viel weniger in der empirischen Beobachtung des Willensbildungsprozesses, als vielmehr in der empirisch gewonnenen Generalerfahrung, daß alles Geschehen unter dem Kausalitätsgesetz steht, und in der Unterstellung, daß man mit Anerkennung des „freien" Willens in dieses Kausalitätsgesetz ein Loch machen und damit die Einheit der Welt preisgeben

---

[1]) Vgl. z. B. Sommer, Krim.-Psychol. 324; Berolzheimer, System der R.- u. Wirtsch.-Philos. 5 40, 43ff.

würde. Damit scheint mir nur eins nicht gehörig gewürdigt: daß nämlich jene Widerstandskraft, jene Wahl- oder Entscheidungsfähigkeit selber als ein Produkt von Ursachen gedacht werden kann und m. E. muß, so daß jede getroffene Entscheidung, wie sie auch ausfällt, durch ein kausales Band mit den Antezedentien verknüpft ist. Die „Freiheit" braucht doch gewiß keine Freiheit vom Kausalgesetz zu sein. Ist sie selbst kausiert und ruft sie kausale Folgen hervor, bleibt sie dann nicht — diese Laienfrage sei erlaubt — einerseits „Freiheit", nämlich von den neben ihr das Handlungsprodukt konkurrierend mitbedingenwollenden Kräften, ohne doch andererseits aus dem kausalen Geschehen herauszufallen? Der Zusammenhang des Weltganzen geht bei solcher Auffassung gewiß nicht verloren. Ist die Menschenseele auch nicht unbedingt abhängig von ihrer Umwelt, so ordnet sie selbst sich doch in die gesetzmäßige Aufeinanderfolge der Geschehnisse ein. Sie nimmt eine „Ausnahmestellung" mit Bezug auf das Nebeneinander der Dinge ein, aber nicht im „Nacheinander": sie, mit ihr die Widerstandskraft, das So- oder Anderskönnen, ist kausal geworden und damit mit dem All verbunden; und die Produkte ihres Könnens, mögen sie ausfallen, wie sie wollen, münden ihrerseits wieder ein in das kausale Geschehen. Gewiß, die Einschiebung einer „Kraft", einer „Möglichkeit", die selber „notwendig" geworden ist, in die kausale Kette, macht dem Denken Schwierigkeiten, wie ja der Kraftbegriff heute überhaupt sehr suspekt geworden ist. Aber über die Rätselhaftigkeit des menschlichen Willenbildungsprozesses hat uns bisher noch keine Formel hinweggeholfen. In letzter Linie kommt es nur darauf an, ob eine Verantwortlichkeit des Han-

delnden für seine Entschließungen besteht; und daß sie insoweit, aber auch nur insoweit besteht, als der Mensch „imstande war“, anders zu handeln, das gehört zu jenen elementaren Sätzen, von denen loszukommen bisher noch nie geglückt ist.

Jedenfalls ergibt sich für das Vergeltungsrecht die Schlußfolgerung, daß Menschen, die die erforderliche „Widerstandskraft“ nicht besitzen, wegen ihrer Handlungen keine Vergeltung erleiden dürfen. Dazu gehören die Personen, die noch nicht reif genug sind, um als widerstandskräftig zu gelten — denn die Willensfreiheit in diesem Sinne ist erst das Produkt der Entwicklung —; und die Personen, bei denen die Entwicklung durch gegenwirkende kausale Faktoren, wie geistige Störungen, durchkreuzt oder paralysiert wird. Wo die Widerstandskraft fehlt, da steht hinter dem Handeln nicht eine Persönlichkeit, an die wir einen Vorwurf adressieren und gegen die wir mit Vergeltung vorgehen könnten. Diese Widerstandskraft ist uns Allen deshalb als „Zurechnungsfähigkeit“ geläufig.

Freilich ein Teil unserer modernen Psychiater[1]) will aller Vergeltung die Grundlage unter den Füßen wegziehen, indem sie die Nachweislichkeit einer „Schuld“ überhaupt leugnen, weil es unmöglich sei, geistige Krankheit und Gesundheit irgendwie scharf auseinander zu halten. Dabei laufen aber augenscheinlich zwei Gedankengänge ineinander. Das Argument wäre beachtlich, wenn es besagen wollte, daß bei keinem Menschen und in keinem Falle die geistige Gesundheit sicher bejaht werden könne. Dann zerfiele die Menschheit nur in die zwei Klassen: die sicher Verrückten und die möglicher-

---

[1]) Vgl. besonders Kraepelin in seinem Münchener Vortrag, S. 29.

weise Verrückten. Glücklicherweise geben aber auch die Psychiater zu, daß sie „oft genug im einzelnen Falle das Fehlen seelischer Krankheitserscheinungen festzustellen vermögen“[1]), und betätigen das durch ihre Gutachten vor Gericht. Noch kennen auch sie den „normalen Menschen“ und geben erfreulicherweise zu, daß die große Masse der Menschen normal ist. Würden sie doch auch, wenn sie von der geistigen Gesundheit als einer real vorkommenden Größe keine Vorstellung hätten, ihrer ganzen Wissenschaft das Todesurteil sprechen, da diese auf den Gegensatz von Krankheit und Gesundheit aufgebaut ist.

Jenes Argument kann also nur den Sinn haben, daß die Grenzziehung zwischen normalem und abnormem Geisteszustand nicht leicht ist, so daß sich zahlreiche Fälle ergeben, in denen ein non liquet auszusprechen ist. Das Vorhandensein von zweifelhaften Fällen hebt doch aber nun und nimmermehr den Begriff der geistigen Gesundheit und die Schuld aus den Angeln! Wer ihretwegen auch den zweifellos geistig Gesunden als schuldunfähig behandelt, verfällt in Unlogik.

Dazu kommt, daß jene „Grenzfälle“ großenteils gar nicht auf Zweifelhaftigkeit, sondern auf die geistige Minderwertigkeit hinauslaufen, d. h. also darauf, daß zahlreiche Individuen unter dem Durchschnitt der Menschheit in Ansehung ihrer geistigen Verfassung stehen, so, daß ihre Widerstandskraft geringer als die des Durchschnitts ist, ohne aufgehoben zu sein. Derartige Individuen tragen noch zweifellos ein gewisses Quantum geistiger Gesundheit in sich. Dieses

---

[1]) Kraepelin a. a. O.; Gaupp, Ztschr. f. Str.R.Wiss. 27 105.

genügt natürlich, um bei ihnen von Schuld zu reden und ihnen Verantwortlichkeit für ihr Handeln aufzuladen, und nur den Grad ihrer Verschuldung wird man niedriger als bei Vollnormalen einschätzen[1]).

Nach alle dem (zu 1—3) Gesagten ergibt sich deutlich der Begriff des Verbrechens: es ist ein menschliches gewolltes Verhalten („Handlung in weiterem Sinne"), das die Merkmale der Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit an sich trägt[2]). Man kann sagen, daß diese Begriffsbestimmung bis auf unsere Tage keinen Widerspruch erfahren hat. Neuerdings haben Tesař[3]) und Kollmann[4]) den Begriff als falsch zu erweisen gesucht. Das Verbrechen sei lediglich als „Funktion im Leben des Täters", als „Schuldsymptom", als „Schulderkenntnismittel" zu fassen. Beide Autoren verfehlen gänzlich ihr Ziel. Tesař vermag, wie auch Kollmann betont, im Grunde nur aufzuzeigen, daß das Verbrechen als ein Symptom für die Erkenntnis der Persönlichkeit des Täters — also für seine Gefährlichkeit — von Wert ist und man dies historisch in steigendem Maße beachtet hat, beweist aber nicht, daß es lediglich als Gefährlichkeitssymptom in Betracht kommt. Kollmann will den „realistischen" Verbrechensbegriff dadurch in Grund und Boden

---

1) So auch Kraepelin selbst a. a. O. 31 unten, wo er von „Abschwächung der Schuld" spricht, also eben doch den Schuldbegriff anerkennt!

2) D. h. damit sind die Mindesterfordernisse angegeben. Über positivrechtliche Einengungen des Verbrechensbegriffs durch Hinzufügung des Requisits der Tatbestandsmäßigkeit usw. s. unten II. und meine Lehre vom Verbrechen S. 20ff. und sonst.

3) Die symptomatische Bedeutung des verbrecher. Verhaltens, 1907.

4) Ztschr. f. Str.R.Wiss. 28 449.

bohren, daß er sowohl den Oberbegriff (Handlung und Unterlassung) als unmöglich, wie auch die ihm beigelegten Prädikate der Schuldhaftigkeit und der Strafbarkeit als mit jenem nicht verknüpfbar hinstellt. Gegen seine hyperkritischen Bemerkungen über das „Unterlassen" verweise ich auf meine Lehre vom Verbrechen[1]), wo gezeigt ist, daß das „gewollte Verhalten" (positives und negatives), also „Handlung im weiteren Sinn", einen für die Zwecke strafrechtlicher Betrachtung herausgehobenen Lebensausschnitt darstellt, und die Bedeutung des Begriffs „Handlung" darin besteht, daß von vornherein alle schlechthin ohne Willen geschehende Lebensregungen ausgeschaltet werden in dem Sinne, daß in ihnen ein Verbrechen nicht bestehen kann. Nun soll aber nach Kollmann ein Handeln oder Unterlassen niemals „schuldhaft" sein können, denn — Schuld sei eine persönliche Eigenschaft des Täters. Aber wenn wir von einer „schuldhaften Tat" reden, so meinen wir ja eben eine Tat, der eine schuldhafte psychische Beschaffenheit des Täters zugrunde liegt, wie wir etwa auch von einer „tränenreichen Bitte" sprechen, ohne uns einzubilden, daß wir damit gemeint hätten, „die Bitte" hätte Tränen geweint. Noch handgreiflicher tritt der Irrtum Kollmanns zutage, wenn er mit dem Nachweise, daß doch nicht die Tat hingerichtet, sondern daß der Täter gestraft werde, die Unmöglichkeit des Begriffs „strafbare Handlung" dargetan zu haben glaubt. Weshalb soll man nicht eine Tat in dem Sinne „strafbar" nennen, daß um ihretwillen der Täter gestraft wird? Mit Haarspaltereien wird dem Verbrechensbegriff kein Abbruch getan. „Schuldhaft" ist

---

[1]) S. 8 ff.

eine Tat dann, wenn sie durch Täterschuld ihr Gepräge erhält; „strafbar" ist sie dann, wenn um ihretwillen der Täter gestraft wird. Worin soll hier eine begriffliche Unmöglichkeit liegen? Wie unendlich Kollmann fehl geht, zeigt sich schließlich in seinem Endergebnis: die Tat ist ihm „Schulderkenntnismittel". D. h. also: aus der Tat will er die Schuld erkennen. Aber wie das? Wie will er sich unterfangen, daraus, daß A. den B. erschossen hat, die seelische Verfassung des A. zu erkennen? Die Schuld kann gerade er, der richtig betont, daß sie personell ist, doch nicht aus der Tat herauslesen! Sondern umgekehrt: erst müssen wir alle Umstände, die außerhalb der Tat liegen, prüfen, um zu wissen, ob gerade diese Tat „schuldhaft" war; diese Umstände können (man denke an den Schützen, der auf der Jagd einen ihm unvorhersehbar in den Schuß laufenden Menschen erschossen hat) gerade so gut Schuldlosigkeit wie umgekehrt die Schuld ergeben. Haben wir die Schuld festgestellt, so ist dann nunmehr möglich, die schuldhafte Tat als Ganzes in dem Sinne mit der Persönlichkeit des Täters in Verbindung zu bringen, daß wir diesem die allgemeine Eigenschaft der „Gefährlichkeit" beilegen; d. h. sie dient uns dann — nicht als Schuld-, sondern — als Gefährlichkeitssymptom. Damit lösen sich Kollmanns Erörterungen in nichts auf; sie beweisen nur — was wir schon vorher wußten — daß ein Verbrechen zugleich ein Gefährlichkeitssymptom sein kann.

4. Die Unrechtsvergeltung kann nur ein Übel für den Betroffenen sein. Die sog. „Vergeltung von Bösem mit Gutem" ist keine Vergeltung, sondern ein Euphemismus. Und weiter kann notwendig nur ein solches Übel in Frage kommen, das

den Schuldigen trifft. Ableitung der Vergeltung auf dritte Unschuldige, also Stellvertretung, ist undenkbar. Der „Sündenbock“ ist eine überwundene Vorstellung.

5. Ein Fundamentalsatz des Vergeltungsrechts muß endlich der sein, daß das Vergeltungsübel mit dem zu vergeltenden Verhalten streng proportional ist. Denn eine disproportionale Reaktion wäre nicht nur gar keine „Vergeltung“, sondern durch die Zufügung von Übeln supra modum unter der Bezeichnung der „Vergeltung“ würde der Staat seine Autorität statt zu heben untergraben, da sich alsdann dem zum Opfer der angeblichen „Vergeltung“ gewordenen die Sympathien, dem ungerechten Staate Antipathien zuwenden würden, und so das Respektsgefühl gegenüber dem Staate in ein bloßes, unter Umständen geradezu unheilbereitendes Furchtgefühl umschlagen würde. Daher dann auch das weitere Postulat, daß niemals Doppelvergeltung stattfinden darf: ist die Tat einmal voll vergolten, so gibt es keine Möglichkeit einer weiteren Vergeltung mehr. Da nun die innere Bedeutung der Tat es ist, gegen die die Vergeltung reagiert, so ergibt sich der Satz: Alle Vergeltung nach Maßgabe des Grades der Schuld[1]).

Den Maßstab für die Beurteilung der Größe der Schuld kann nun niemals die objektive Bedeutung des zu vergeltenden Verhaltens als solche abgeben[2]). So ist

---

[1]) Dies selbstverständlich auch da, wo der Staat völkerrechtlichen Verbindlichkeiten gemäß Vergeltung übt.

[2]) Wenn manche Anhänger der Vergeltungstheorie dessen ungeachtet um unverschuldeter Taterfolge willen die Strafe schwerer ausfallen lassen wollen, so ist dies m. E. eine Inkonsequenz. Die „durch eine Folge qualifizierten Delikte“ müssen aus dem Strafgesetzbuch entfernt

a) die Rechtswidrigkeit der Tat als solche hier ohne Belang. Der Widerspruch der Tat gegenüber den Anforderungen der Rechtsordnung ist unerläßlich, damit überhaupt staatliche Vergeltung stattfinden kann, da sonst der Vorfall den Staat nicht interessiert. Wie schwer die Tat wog, das ergibt sich dagegen aus dem Rechtswidrigkeitsmoment als solchem nicht. Die Rechtswidrigkeit als solche enthält nur eine Negation und ist quantitativer Abschätzung unfähig.

b) Aber auch der verschiedene Wert der Interessen, gegen die die Tat anlief, und das Maß, in dem sie diese Interessen tatsächlich beeinträchtigte, kommt für sich allein nicht in Betracht. Was der Täter objektiv angerichtet hat, kann ärger sein als das Maß seiner Schuld, es kann auch dahinter zurückbleiben. Auch die Rücksicht darauf, daß der Staat seine Verbote und Gebote verschieden stark unterstreicht, führt zu keinem andern Ergebnis; denn daraus ergibt sich wohl ein größeres oder geringeres Interesse an der Wahrung seiner Autorität, nicht aber ergibt sich hieraus, daß diese äußeren

---

werden. Daß der schwere Ausgang ein Symptom für eine besonders frevelhafte Sorglosigkeit und damit für ärgeres Verschulden ist, ist möglich. Aber ob er das ist, bedarf der Feststellung im Einzelfalle, und wenn er es ist, so mag der Richter dies Moment würdigen, was bei genügender Latitude der gesetzlichen Strafrahmen durchaus die gerechte Bestrafung ermöglicht. Stellt dagegen das Gesetz selber um des schweren Ausgangs willen einen erhöhten Strafrahmen auf, so fingiert es die symptomatische Bedeutung des schweren Erfolges für die Stärke des Verschuldens und trifft so in ganz ungerechter Weise auch diejenigen Fälle, in denen der üble Ausgang schlechterdings keinen Rückschluß auf besondere Schwere der individuellen Verschuldung des einzelnen Verbrechers gestattet.

Momente den Maßstab für die innere Wertung der Schuld abgäben. Deshalb ist es nicht richtig, wenn der äußere Erfolg der Tat als solcher als für das Vergeltungsmaß maßgeblich bezeichnet wird.

Basiert alle Schuld auf der Widerstandskraft gegen andrängende Motive[1]), so steigt und fällt vielmehr die Schuld ausschließlich je nach der Stärke der Hemmungsvorstellungen, die der Täter zu Motiven erheben konnte und dazu nicht erhoben hat. So wie da, wo es an allen Hemmungsvorstellungen fehlte, oder aber es dem Täter völlig an der Widerstandskraft gegen sie fehlte, überhaupt keine Schuld gegeben ist, so bestimmt sich die Größe der Schuld nach Zahl und Stärke der Hemmungsvorstellungen einerseits, wozu noch die Art und Weise, wie sich der Täter mit den Hemmungsvorstellungen abgefunden hat, hinzukommt, nach der Stärke der individuellen Widerstandskraft andererseits.

a) Vermittelt durch das subjektive Moment kommt hier nun die objektive Bedeutung der Tat in Betracht. Soweit (aber auch nur soweit) der Täter diese kannte, ist eben diese Kenntnis eine Hemmungsvorstellung.

Je höher das Interesse rechtlich bewertet ist, gegen das die Tat in concreto anläuft, und je größer der Abbruch ist, der ihm durch die Tat in concreto geschieht, je wuchtiger also die staatliche Norm auftritt und somit die Staatsautorität engagiert erscheint, um so imponierender sind auch die Hemmungsvorstellungen, soweit der Täter jene Bedeutung kennt: Tötungsschuld größer als Sachbeschädigungsschuld; schuldhafte Be-

---

[1]) Oben S. 54.

schädigung einer wertvollen Sache, deren Wert der Täter kennt, von schwererer Schuldbedeutung als schuldhafte Beschädigung einer Sache, der der Täter nur geringen Wert zuschreibt[1]).

Waren nun jene Hemmungsvorstellungen vorhanden, so ist es von Bedeutung, wie sich der Täter zu ihnen gestellt hat: ob er sich glatt über sie hinweggesetzt hat oder ob er sein Verhalten so eingerichtet hat, daß er die Schattenseiten der Tat, die hemmende Vorstellung hervorriefen, zu vermeiden getrachtet hat; darnach ergeben sich verschiedene Schuldstufen.

Dazu tritt aber noch eine Hemmungsvorstellung allgemeiner Natur, die sich in dem Satze „Erst wägs, dann wags“ ausdrückt. Nicht nur die positive Kenntnis, die man von den Einzelheiten hat, wirkt hemmend auf menschliche Entschlüsse ein, sondern auch das Bewußtsein, daß man als schwacher Mensch nicht ganz auf der Höhe der Situation steht. Diese Vorstellung ist auch wenn in concreto nicht oberhalb der Schwelle des Bewußtseins gelegen, doch jederzeit hervorholbar. Die Nichthervorholung begründet ebenfalls Schuld, aber nur eine Schuld geringeren Grades.

Demgemäß ist, wie sich jetzt zusammenfassend sagen läßt,

α) die Schuld größer oder kleiner, je nachdem um was für Rechtsbrüche es sich handelt;

---

[1]) Es mutet seltsam an, wenn öfter behauptet wird, man müsse bei Zurückführung des Strafrechts auf die „Normentheorie“ dazu gelangen, daß die Strafe eine fixe Größe gegen Ungehorsam aller Art bilde. Das „formale“ Element des Widerspruchs der Handlung gegen den Willen der Rechtsordnung gibt nur eine Voraussetzung dafür, daß überhaupt staatlich vergolten wird. Daß der Ungehorsam innerlich verschieden schwer wiegen kann, wird dadurch doch nicht in Frage gestellt.

β) innerhalb der hiernach gegebenen Verschuldungsgrößen größer oder kleiner, je nachdem die betreffende Hemmungsvorstellung einfach beiseite gesetzt wurde (Vorsatz), oder der Täter in Kenntnis ihrer, aber mit dem Willen, das objektiv für den Charakter der Tat als Übeltat Entscheidende zu vermeiden, handelte (bewußte Fahrlässigkeit), oder endlich er der konkreten Einzelhemmungsvorstellungen, aber zugleich auch der gehörigen Vorsicht und Aufmerksamkeit ermangelte (unbewußte Fahrlässigkeit).

b) In jedem Falle ist aber für die Größe der Schuld auch noch bedeutsam das Maß der Kraft, die dem Einzelnen nach seiner seelischen Verfassung zu Gebote stand, um die Hemmungsvorstellungen zum Siege gelangen zu lassen. Je saurer der Sieg dem Einzelnen nach seiner psychischen Veranlagung gemacht war, um so geringer seine Schuld. Daher geringere Schuld bei der „geistigen Minderwertigkeit" im landläufigen Sinne, wie in anderen Fällen, wo die Widerstandskraft nicht die durchschnittliche, sondern, wie bei Jugendlichen, noch nicht voll gefestigt war usw.

Dieser die Höhe der Schuld abwägenden Tätigkeit muß auf der anderen Seite eine Abschätzung der Größe des zu verhängenden Übels entsprechen und zwar so, daß dabei die Empfänglichkeit des konkreten Täters für das Übel individuell in Rechnung gestellt wird.

Daß Schuldschätzung und Übelsschätzung und die zwischen den beiderseitigen Schätzungsergebnissen vorzunehmende Vergleichung Denkoperationen ohne arithmetische Hilfsmittel und demnach ohne mathematische Exaktheit sind, ist selbstverständlich. Es gibt leider keine Skala, an der man einfach

die Grade der Schuld und des Vergeltungsübels ablesen könnte; und allweise sind weder „der Staat“ noch seine Organe. Auch die Idee der Talion versagt hier schon um ihrer Äußerlichkeit willen, die auch in Kants Auffassung nicht beseitigt (sondern im Gegenteil erst recht ins Bizarre verzogen) erscheint, da auch Kant weder den psychischen Wert der Tat, noch die psychische Seite der Übelswirkung berücksichtigt.

Aber wenn diese Unvollkommenheit der Ausmittelung des Vergeltungsmaßes „ein Erdenrest, zu tragen peinlich“ ist, so ist damit noch keineswegs, wie das die Gegner der Vergeltungstheorie so gern behaupten, dem staatlichen Vergeltungsrecht das Grab gegraben. Sind wir Staubgeborenen doch gewöhnt, Unvollkommenheiten, die nun einmal menschlich sind, hinzunehmen, wo das Handeln notwendig erscheint. Ist die staatliche Vergeltung vernunftgeboten — und sie ist es, weil sie für Wahrung des staatlichen Autoritätsinteresses nicht entbehrt werden kann —, so müssen wir uns darein schicken, daß sie dem Maße nach nicht unbedingt treffsicher ist, weil wir nicht mit Zirkel und Präzisionswage dabei arbeiten können.

Parallele Wertungstätigkeiten im menschlichen Leben sind z. B. die Auswerfung der Prädikate für Prüflinge oder die Schätzung des Geldwerts eines Grundstücks. Auch hier fehlt die absolute Sicherheit der Schätzung, auch hier können die Meinungen weit auseinandergehen; und doch wird, hier wie überall, wo die Wertungstätigkeit nun einmal geboten erscheint, deren größere oder geringere Unsicherheit ohne weiteres in den Kauf genommen. Daß auch das Quantum der in der Tendenz der Vorbeugung gegen künftige Verbrechen anzuwendenden Maßregeln nur einer ungefähren, nicht einer mathe-

matisch exakten Festlegung fähig ist, mag hier nur nebenher angemerkt werden. Vollends das bürgerliche Recht unserer Tage stellt ja gerade mit einer gewissen Vorliebe auf Begriffe, wie „Treu und Glauben", „angemessene Vergütung", „triftiger Kündigungsgrund" usw. ab, die das individuelle Werturteil des Richters in dieser oder jener Richtung herausfordern.

Dazu kommt, daß in der Vergeltungsidee selber schon das Wertungselement steckt, so daß sich, sobald nur die konkreten Umstände, die einerseits für die Schwere der Schuld, andererseits für die Größe des Vergeltungsübels offengelegt sind, ein im wesentlichen nicht trügendes Gefühl für die rechte Proportion einstellt. Und wo sich Zweifel darüber erheben, wie hoch nach oben zu gehen sei, da wird nach dem Satze „In dubio mitius" zu verfahren, also der zweifelhafte Überschuß über das unzweifelhaft Verwirkte außer Ansatz zu lassen sein.

Eine ganz getrennt zu haltende Frage ist die, ob der Staat von dem Übel, das sich als das der Verschuldung entsprechende erweist, in voller Höhe Gebrauch zu machen hat, oder ob er einen Abstrich daran vornehmen kann und soll. Nimmt er einen solchen Abstrich vor, so verwandelt sich die Vollvergeltung in Partialvergeltung, und dem Vergeltungsbedürfnis wird nicht voll Rechnung getragen. Aber die Vergeltungsidee als solche ist ja für den Staat nicht das Leitmotiv; leitend ist vielmehr die auf die Interessenbefriedigung gerichtete Tendenz. Und deshalb ist, wie der Staat unter diesem Gesichtswinkel sogar zu vollständiger Ausschaltung der Vergeltung gelangen kann, erst recht natürlich möglich, daß die Abwägung der Interessenlage zu einer quantitativ herabgesetzten Vergeltung führt. Ganz dieselben Erwägungen, die den Staat bei der

Frage leiteten, ob nicht die Vergeltung zu unterbleiben habe, tauchen auch mut. mut. dann auf, wenn diese Frage an sich verneint ist; denn nunmehr können sie immer noch dazu führen, daß von dem unter dem Gesichtspunkt der Vergeltung „gerechten“ Übel ein Quantum als für die Autoritätsbewährung nicht erforderlich oder als anderen, das Autoritätsinteresse in concreto überwiegenden Interessen abträglich weggelassen wird. Es bleibt dabei nur immer zu beachten, daß das durch solche Subtraktion gewonnene Übel nicht „die“ Vergeltung, sondern nur ein Stück Vergeltung darstellt. Und wozu man niemals gelangen kann, das ist — wie oben gezeigt — die Überschreitung des Maßes gerechter Vergeltung nach oben.

II. Ist bisher den Fundamentalbestimmungen nachgegangen worden, die das staatliche Vergeltungsrecht charakterisieren, so ist nunmehr noch kurz zu skizzieren, wie ein solches Vergeltungsrecht detailliert ausgebaut werden kann. Es handelt sich hier um die — durch die geltenden Strafrechte nahegelegte — Prüfung, inwieweit durch weitergehende Rechtsbestimmungen eine nähere Ausgestaltung dieses Rechtsteils erfolgen kann, also um Rechtsbestimmungen, die auf der einen Seite nicht durch die Formel „Vergeltung im Dienste der Wahrung der Staatsautorität“ unbedingt gefordert werden, auf der anderen Seite aber in das Vergeltungsrecht harmonisch eingefügt werden können.

1. Als eine derartige, dem Wesen des Vergeltungsrechts nicht widerstreitende Rechtsbestimmung ist zunächst der — die entwickelten Strafrechte beherrschende — Satz zu erwähnen, daß nur dasjenige schuldhafte Unrecht vergolten werden solle, das zugleich einem fest fixierten Typus oder Tatbestande unter-

fällt, also „tatbestandsmäßig“ ist. Derartige Schablonisierung dient dem Interesse der Rechtsgewißheit[1]). Kraft ihrer bleibt ein Teil des Unrechts unvergolten. Das hätte nur dann etwas Auffallendes an sich, wenn die zwischen den Typen gebliebenen Lücken derart ärgerlich wären, daß die Abstandnahme von Vergeltung die Staatsautorität beeinträchtigte. Daß das nicht der Fall ist, lehrt die Geschichte. Auch ist ja die Gesetzgebung jederzeit in der Lage, die Lücke zu schließen, so daß der Mangel staatlicher Vergeltung bloß vorübergehend hervorzutreten braucht: vorübergehende Nichteinsetzung der Autorität aber pflegt diese nicht zu verkümmern.

Entsprechend kann das Gesetz, ohne dem Charakter des Vergeltungsrechts Eintrag zu tun, Unterschiede aufstellen zwischen der direkten Verwirklichung eines Tatbestandes (der „Ausführung“) und den modifizierten Verwirklichungen des Tatbestands in einer „Erscheinungsform“ (Teilnahme, Versuch). Auch hier handelt es sich nie um ein Hinausgehen über die gerechte Vergeltung, noch auch um Verleugnung des Zweckes der Bewährung der Rechtsordnung. Vielmehr ist hier aus Gründen der Vergenauerung und Bestimmtheit der Rechtsanwendung hinsichtlich der Vergeltungsbedingungen ein plus über das unbedingt zu Erfordernde hinzugefügt.

Daß dann auch die Umreißung der Schuld nach Ob und Wie hoch durch die Beziehung der Innerlichkeit des Täters zu dem „Tatbestande“ und den „Erscheinungsformen“ eingeengt oder präzisiert werden kann, ist gleichfalls evident.

2. Wohlvereinbar mit dem Grundgedanken des Vergeltungs-

---

[1]) Vgl. meine Lehre vom Verbrechen, insbes. S. 20 ff.

rechts ist auch die gesetzliche Verknüpfung der Tatbestände und Erscheinungsformen mit bestimmten Androhungen des gesetzlichen Vergeltungsübels. Dieses gesetzgeberische System bewirkt zweierlei: einmal eine Einengung des Kreises der vergeltbaren Handlungen durch Ausschaltung der Vergeltung in den Fällen des Fehlens einer bestimmten Androhung im Gesetz — eine Erscheinung, die mit Rücksicht auf das oben S. 45 ff. Gesagte ohne weiteres verständlich ist; sodann eine Bindung des Richters in Ansehung der Auswahl der zu verhängenden Übel — eine Erscheinung, die wiederum nichts Befremdliches hat, da nicht abzusehen ist, weshalb nicht die Abschätzung von Schuld und Übel approximativ oder sogar (bei den absoluten Androhungen) direkt durch das Gesetz selber soll erfolgen können.

Fügt das Gesetz dann noch hinzu, daß die Vergeltung nur nach Maßgabe einer vor der Tat schon erlassenen Androhung des Vergeltungsübels erfolgen solle, so verträgt sich dies ebenfalls mit dem System. Geboten ist dieses Requisit einer praevia lex vindicativa freilich nicht; denn war die Tat nur z. Z. ihrer Begehung rechtswidrig und schuldhaft, so entfesselt sie das Vergeltungsbedürfnis, ein „Unrecht" im Sinne der Vergeltungsidee geschieht dem Verbrecher nicht, wenn sich der Staat erst nachträglich darüber schlüssig macht, ob er vergeltend einschreiten wolle, und der Staat kann die Befriedigung dieses Bedürfnisses auch hier im Interesse seiner Autorität geboten finden. Aber auf der anderen Seite kann der Staat seine Gründe haben, um irgend welcher Interessen halber die ante legem begangenen Taten vergeltungsfrei zu stellen[1]); tut er das,

[1]) Ob diese Gründe stichhaltig sind, soll hier nicht untersucht werden.

so kommt darin nur zum Ausdruck, daß er entweder seine Autorität insoweit nicht für engagiert hält oder anderen Interesssen vor dem Autoritätsinteresse den Vorrang einräumt.

Wenn endlich die Androhung des Vergeltungsübels gesetzlich nicht exakt an die rechtswidrige und schuldhafte Verwirklichung des Tatbestands angeschlossen wird, sondern noch weitere „objektive" Bedingungen (wie die Konkurseröffnung bei Bankerutt, die Begehung der Tat im Inlande usw.) für das Eingreifen der Übelsandrohung aufgestellt werden, oder wenn gewissen Tätern mit Bezug auf persönliche Eigenschaften (als Staatshaupt usw.) Freiheit von Vergeltung garantiert wird, so handelt es sich abermals um Abstandnahme von der an sich möglichen Vergeltung, sei es wegen mangelnden Interesses an Autoritätswahrung, sei es wegen überwiegender Gegeninteressen.

3. Die zur Vergeltung geeigneten Übel sind Legion. Alles Weh, das dem Menschen denkbarerweise zugefügt werden kann, harmoniert mit dem Vergeltungsrecht, vorausgesetzt nur, daß das Gleichmaß mit der Schuld gewahrt bleibt. Wenn trotzdem die Liste der Vergeltungsübel gesetzlich enumerativ festgelegt wird, so beruht das zu einem Teil auf Ausmerzung von Übeln, die schlechthin als disproportional erscheinen; zum anderen auf Ausmerzung solcher Übel, die, so sehr sie dem staatlichen Autoritätsinteresse dienen, doch andererseits schwerer bewertete Schädigung sonstiger Interessen (Volkswohlstand usw.) im Gefolge haben; endlich auf Bevorzugung solcher Übel, die nicht bloß geeignet sind, das Autoritätsinteresse zu wahren, sondern zugleich — was immer willkommen sein muß — anderen Interessen dienstbar sein können.

4. Wenn in das System des Vergeltungsrechts Bestimmungen eingefügt werden, wonach wegen nachher eingetretener Umstände die Vergeltung wegfallen soll, so fehlt auch hier der organische Zusammenhang mit dem System nicht. Es wird damit der Tatsache Rechnung getragen, daß durch post facta — etwa durch nachheriges im Rechtssinne lobenswertes Handeln oder durch Eintritt vergeltender Übel ohne Zutun des Staates — das im Volke vorhanden gewesene Vergeltungsbedürfnis erlöschen kann, oder wenigstens nach solchen Vorgängen das staatliche Autoritätsinteresse nicht mehr engagiert erscheint[1]).

Ähnlich steht es mit Gesetzesbestimmungen, die einer staatlichen Instanz anheimgeben, die Vergeltung nachzulassen. Damit wird eine von den formalen Gesetzesbestimmungen befreite allseitige Prüfung ermöglicht, ob nicht in concreto die Vergeltung vom staatlichen Standpunkte aus entbehrlich sei oder sogar im Hinblick auf andere Interessen, als das Autoritätsinteresse, unrätlich erscheine.

An allen solchen Verzichten auf Vergeltung mit Ausnahme der Fälle, in denen ipso facto genügende Vergeltung eingetreten ist, könnte zwar der Vergeltungs*fanatiker* Anstoß nehmen; der teleologisch Denkende dagegen wird solche staatliche „Verzeihung“ voll begreifen. Auch der Staat verzeiht ja herzlich

---

[1]) In diesem Sinne *kann* auch jedenfalls die Verjährung als Institut des Vergeltungsrechts gerechtfertigt werden. Ob es angezeigt ist, formale Bestimmungen mit festen Fristen aufzustellen, und nicht vielmehr jeden konkreten Fall daraufhin durch den Richter prüfen zu lassen, ob — unangesehen die seit der Tat verstrichene Zeit — noch Vergeltungsgründe vorliegen, mag hier auf sich beruhen bleiben.

gern, dies um so mehr, als das Vergelten auch für ihn eine Unannehmlichkeit ist.

Alle solche Bestimmungen wären an sich entbehrlich, wenn das Gesetz sich auf die Formel beschränkte: es sei zu vergelten, wenn und insoweit die Vergeltung durch das Interesse an der Wahrung der Staatsautorität geboten und nicht im Hinblick auf sonstige Interessen überwiegend mißlich erscheine. Dann hätte der Richter freie Hand. Erhebt aber der Gesetzgeber diese Formel nur zum Programm für sich selbst, und weist er den Richter an, genau nach den in den Gesetzen aufgestellten Einzelvoraussetzungen Vergeltung eintreten zu lassen, so wird eine Berücksichtigung und genaue Umschreibung von Aufhebungsgründen und die Öffnung eines „Sicherheitsventils" gegen die generelle Unterstellung und gegen die einseitige und unbedingte Voranstellung des Autoritätsinteresses zur Notwendigkeit.

Daß schließlich die Vergeltung erledigt sein muß, wenn das einmal staatlich erkannte Übel vollstreckt worden ist, versteht sich von selbst.

5. Durchaus in der Richtlinie des Vergeltungsrechts liegen endlich Bestimmungen über die sog. „Konkurrenz" in Ansehung der Verbrechensfälle. Sie dienen der Präzisierung der Formel, daß jedes Verbrechen adäquat vergolten werden solle. Ist es der Verbrechensfall als solcher, der als die eine Größe in die Rechnung einzustellen ist, so ist es begreiflich, daß das Gesetz, wenn es nicht für ratsam erachtet, den Richter seinen Weg selbst finden zu lassen, die näheren Anweisungen dafür gibt, wie man den Verbrechensfall zu begrenzen und die Verbrechensfälle zu zählen habe.

II. Das Präventionsrecht.

§ 6. Teleologische Grundlegung.

Sehen wir nun, nachdem wir die das Vergeltungsrecht beherrschenden Gedankengänge durchschritten haben, zu, welche Ergebnisse der Präventionsgedanke zutage fördert!

Sämtliche „relativen Theorien“, in welcher speziellen Ausgestaltung und unter welchem Sondernamen sie auch auftreten, kommen darin überein, daß sie mit Plato und Seneca den Schutz gegen künftige Verbrechen als den Zweck der Strafe auffassen.

Es gilt hier zunächst diesen Zweckgedanken selbst zu würdigen, so zwar, daß vorerst noch dahin gestellt bleibt, ob man vermittelst seiner zum Strafrecht gelangt, wie ja auch die vorangegangenen Erörterungen über den Vergeltungsgedanken dessen Beziehungen zum Strafrecht noch nicht berührt haben[1]).

Hier bedarf es zunächst der Aufsuchung der Interessen, denen diese prophylaktische Tätigkeit ein Schutz sein will. Diese Interessen sind nun offenbar alle, gegen die Verbrechen denkbar sind, d. h. sämtliche überhaupt vom Staate als „berechtigt“ anerkannten Interessen; von ihnen sollen Verbrechen abgewehrt werden. Aber schon stutzt man: Was sind denn eigentlich „Verbrechen“? Soll man, um sie zu definieren, etwa hier eine Anleihe bei der Vergeltungstheorie machen

---

1) Vgl. unten § 10.

müssen? Die Antwort kann natürlich nur verneinend ausfallen: der Interessenschutzgedanke ergibt ohne weiteres die Definition: „Verbrechen = Handlungen, die jene Interessen beeinträchtigen oder gefährden". Denn kommt es darauf an, ein Interesse sicherzustellen, so muß sich die Abwehr gegen alle feindselig dagegen anlaufenden Handlungen richten, unangesehen, ob sie vergeltbar sind oder nicht, insonderheit ob sie schuldhaft sind oder nicht. Vielleicht daß die Sicherungsmittel verschieden sein werden, je nachdem ob man eine schuldhafte oder eine nicht schuldhafte Handlung erwartet; aber jedenfalls besteht kein Grund, nur gegen Handlungen der ersten Art Vorkehrungen zu treffen und Handlungen, aus denen man dem Täter keinen Vorwurf machen könnte, die aber eben auch den schutzbedürftigen Interessen Eintrag tun, ruhig geschehen zu lassen. Das Programm ist also, vollständig aufgerollt, das: der Staat hat sich angelegen sein zu lassen, alle Handlungen zu unterdrücken, die gegen berechtigte Interessen anlaufen, oder wenigstens sie ihres Stachels zu entkleiden.

Die Perspektive weitet sich aber noch, wenn man bedenkt, daß menschliche Handlungen nur einen Teil der Faktoren ausmachen, von denen her den zu sichernden Interessen Gefahr droht. Ist die Verhütung von Beeinträchtigungen der Angelpunkt aller Prävention, so darf über dem einen Feinde: dem Menschen, der andere Feind: das Wirken der Naturkräfte, nicht vergessen werden. Wohl werden die Präventionsmittel verschiedene sein, je nachdem welchem Feinde man begegnen will; aber unverkennbar ist die enge Zusammengehörigkeit des Rechtsteils, der der Verbrechensverhütung gilt, mit jenem, der

der Unfallverhütung gilt — eine Zusammengehörigkeit, deren unten noch näher zu gedenken ist.

Wenn nun eine menschliche Handlung unterdrückt oder ihr die Gefährlichkeit genommen werden soll, um ein bestimmtes Interesse nicht leiden zu lassen, so harmoniert diese Verbrechensbekämpfungstätigkeit natürlich mit der Aufgabe des Staates: dem Interessenschutz. Und es ist nur ein Vorbehalt einzufügen, der nämlich, daß niemals das jeweils ins Auge gefaßte Interesse isoliert betrachtet werde, sondern eine Mitabwägung anderer etwa in Widerstreit tretender Interessen stattfinden muß, damit nicht der erzielte Gewinn mit dem dafür eingesetzten Preise zu teuer erkauft sei, — genau so, wie ja der Spezialwert der Vergeltung: die Wahrung der Staatsautorität, sich einen Ausgleich mit etwaigen Gegeninteressen gefallen lassen muß.

Deshalb muß die Verbrechensbekämpfung unterbleiben, wenn und soweit als die Handlung, deren Unterdrückung in Frage steht, nach anderen Richtungen hin überwiegend interessefördernd erscheint. Ebenso wenn und insoweit die zur Unterdrückung der Handlung aufzubietenden Maßregeln für andere Interessen Schädigungen mit sich bringen würden, die schwerer wiegen würden, als der Verlust, der dem zu schützenden Spezialinteresse aus der Handlung droht.

Mit dieser Maßgabe aber ist das Recht der Prophylaxe gegen Verbrechen rechtlich wohl fundiert. Den Standpunkt Kants, der den Menschen um seiner angeborenen Persönlichkeit willen davor geschützt wissen wollte, daß ihm um anderer Leute willen Beeinträchtigungen auferlegt würden, — als ob dadurch der Mensch „unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt

werde"[1]), — vermag jedenfalls ich nicht zu teilen. Auch in der Präventivtätigkeit kommt ein ethischer Gedanke zur Geltung, der Gedanke nämlich, daß es altruistisch-sittlich ist, seine Interessen den überwiegenden Interessen anderer und erst recht dem Interesse einer größeren Gemeinschaft, der man selbst als „dienendes Glied" angehört, unterzuordnen. Nur ist dieser ethische Gedanke grundverschieden von demjenigen, der das Vergeltungsrecht beherrscht: wir verlangen, wenn wir präventiv vorgehen, von dem davon Betroffenen ein Opfer, das er bringen soll, während sich bei der Vergeltung die ganze Schärfe unseres sittlichen Werturteils gegen ihn richtet, und das Leiden, das er auf sich nehmen muß, als ein verdientes, keineswegs als ein ihm zugemutetes Opfer erscheint. Deshalb figuriert die ethische Idee im Präventionsrecht lediglich als eine Art Entschuldigung für den Staat, wenn er die rein praktischen Ziele der Prophylaxe verfolgt, während bei der Vergeltung das praktische Ziel positiv das ethische zum Bundesgenossen hat.

§ 7. Die Präventionsmittel.

Die Mittel, die sich für die Erreichung des Zweckes: gefahrdrohendes menschliches Handeln zu unterbinden (oder in ungefährliche Bahnen zu lenken), darbieten, können naturgemäß sehr mannigfach sein. Wir beschreiten Feuerbachsche

---

[1]) Vgl. auch Heymans, Ztschr. f. wiss. Philos. 8 355: „Der Gedanke, menschliche Wesen als bloßes Mittel zum größeren Glücke Anderer leiden zu lassen, wird immer dem unbefangenen Menschen als ein empörendes Unrecht erscheinen".

Gedankengänge, wenn wir die Bekämpfungsmittel in physische und psychische einteilen.

1. Eine physische Unmöglichmachung der gefährdenden Handlung kann in mannigfacher Weise vor sich gehen. Entweder man legt um das zu schützende Objekt einen Schutzwall in Gestalt von Mauern u. dgl., oder zuverlässigen Menschenkräften, die jeden Angriff aussichtslos machen — etwa wie der russische Zar jederzeit von einem starken Aufgebot von Polizeimannschaften geschützt wird.

Oder man hält sich an die Gegenstände, die der präsumtive Schädling braucht, um die gefährliche Handlung vorzunehmen, und vernichtet sie oder macht sie für solche Zwecke unbrauchbar oder entzieht sie der Verfügungsmöglichkeit des Verdächtigen.

Oder man nimmt den präsumtiven Schädling selber vor und legt ihm das Handwerk, macht ihn unschädlich, indem man ihn tötet oder in ein Milieu bringt, in dem er machtlos ist.

Oder endlich man nimmt Gewaltakt an Dritten vor, die, ohne selbst im Verdacht deliktischer Neigungen zu stehen, dennoch dem als Schädling Verdächtigen als „Werkzeuge“ oder „Operationsbasis“ usw. dienen könnten, etwa indem man die Prostituierte einsperrt, um die Zuhälterei mit ihr zur Unmöglichkeit zu machen.

2. Solche Schachzüge sind aber nur von beschränkter Anwendungsmöglichkeit. Die physische Unmöglichmachung gewisser gefährlicher oder schädlicher Handlungen liegt außer dem Bereiche des Möglichen — man kann z. B. Wortdelikte nicht radikal unterbinden, da nicht jedermann (ganz unbildlich gesprochen) der Mund zugebunden werden kann —; in anderen

Fällen stellen sich der Anwendung von Radikalkuren Bedenken in den Weg; und endlich ist man — außer bei Tötung des präsumtiven Schädlings — des Erfolges nie sicher; „solang des Feindes Auge wacht“, kann alle Vorsicht zuschanden werden.

So müssen die physischen Bekämpfungsmittel durch psychische ergänzt werden: durch Erzeugung von Eindrücken in der Seele des präsumtiven Schädlings, die mächtig genug sind, um sich im Motivationsprozeß vorzudrängen, die Widerstandskraft zu beschneiden oder zu schwächen und so im Wege „psychologischen Zwanges“ das Unterbleiben der unerwünschten Handlung herbeizuführen. Dieser psychologische Zwang hat nun in Wahrheit ein sehr viel weiteres Anwendungsgebiet, als ihm in der Feuerbachschen Balanciertheorie zugestanden ist.

a) Im Dienste der Idee des psychologischen Zwanges steht zunächst schon die Bekanntgabe des autoritativen Staatswillens, daß die Handlung unterbleiben solle. Dient die Rechtsordnung inhaltlich dem Interessenschutz, so ist die Kundmachung der den Interessenschutz verfolgenden Rechtssätze, soweit sie normativen Charakters sind, durch den Zweck charakterisiert, die Kenntnis dieses staatlichen Willens in die weitesten Kreise zu tragen, damit sie motivierend wirke. Sie kann solche motivierende Kraft da entfalten, wo ein Respektgefühl und ein Unterordnungswille vorhanden sind.

Bei solchen Individuen, bei denen entweder dieses Respektgefühl mangelhaft ist oder das Erkenntnisvermögen hinsichtlich der Imperative der Rechtsordnung im Argen liegt, wird sich eine seelische Einwirkung empfehlen, die bessere psychische Vorbedingungen für ein Durchschlagen der Motivation durch

die Anforderungen der Rechtsordnung schafft: Grundgedanke der Besserungstheorie, die durchaus auf psychologischen Zwang hinausläuft.

Endlich schlägt hier aber auch alle diejenige Tätigkeit ein, durch die der Staat auf die soziologisch-ätiologisch ermittelten äußeren Umstände, die der Entstehung deliktischer Neigungen Vorschub leisten, in der Weise einwirkt, daß er entweder sie zerstört oder den präsumtiven Schädling ihrem Einfluß entrückt. Solche Maßregeln treten äußerlich als physische Eingriffe auf, tendieren aber auf seelische Wirkung, insofern durch sie dem Entstehen von Motiven, die zum Verbrechen hindrängen, vorgebeugt und damit der Wirksamkeit der durch die staatlichen Imperative erzeugten Motive zu Gunsten rechtmäßigen Handelns freie Bahn geschaffen werden soll.

b) Noch intensiver wird der Hinweis auf solche Folgen einer Zuwiderhandlung wirken, die von einem Unlustgefühl für den Zuwiderhandelnden begleitet sein würden, sei es einem sittlichen Unlustgefühl (Bauers Warnungstafeltheorie!), sei es einem sinnlichen Unlustgefühl.

In diesem Sinne kann der Staat, der ein staatliches Vergeltungsrecht als Teil seiner Rechtsordnung besitzt, sich dieses für die Zwecke psychologischen Zwanges nutzbar machen, indem er die Vergeltung im Voraus als kommend ankündigt. Bei demjenigen, der von dieser Ankündigung erfährt, kann die Vorstellung des künftigen Vergeltungsübels als kräftiger Impuls zu Gunsten der Unterlassung der Übeltat wirken.

Hier gehen Vergeltungsrecht und Präventionsrecht miteinander eine äußerliche Verbindung ein. Aber auch nur eine äußerliche! Es ist einer der Grundfehler bei Feuerbach,

wenn er mehr dahinter sucht: das Vergeltungsrecht hat mit der Theorie des psychologischen Zwanges nichts zu schaffen, und der psychologische Zwang kann zwar an das vorhandene Vergeltungsrecht anknüpfen, bedarf seiner aber nicht.

Denn ein offenbarer Fehlschluß ist es, wenn man die Notwendigkeit eines Vergeltungsrechts aus der Notwendigkeit, zur Verhütung von Verbrechen Übel anzudrohen, herleitet. Ist der Staat nicht ohnehin schon der Auffassung, daß Vergeltung von Übeltaten angezeigt sei, so kann er unmöglich die Vergeltung als bevorstehend kundgeben. Mitteilungen über das, was man zu tun gedenke, setzen voraus, daß man das Handeln wirklich plant. Man verkauft nicht ein Haus, weil man es in den Zeitungen zum Verkauf ausgeschrieben hat, sondern man schreibt es zum Verkauf aus, weil man den Verkauf aus Gründen, die mit dem Ausschreiben nichts zu tun haben, beschlossen hat. Könnte der Staat nicht die Vergeltung rechtfertigen, und hätte er sie doch vorher angekündigt, so würde er, wenn er sich nunmehr für gebunden erachtete, sie dennoch zu vollziehen, keine eben würdige Rolle spielen; er würde, wenn er einmal die Zwangslage erlebt hat, in die er sich durch unüberlegte Ankündigung gebracht hat, es notwendig verschwören, je wieder so blind darauf los Vergeltung anzukündigen, und sich nicht, wie Feuerbach meint, dabei beruhigen, daß er, wenn er A gesagt, nun auch B sagen müsse. Ist das „B sagen" nur Konsequenz daraus, daß man A gesagt hat und weiter nichts, so wird man sich in Zukunft hüten, ins Blaue hinein A zu sagen.

Ist umgekehrt die Vergeltung von Übeltaten als solche beschlossene Sache, so kann zwar ein öffentliches Hinausschreien

dieser Absicht sehr praktisch sein, um die Verbrechen zu verhüten, aber dann ist nicht einzusehen, weshalb nicht auch unangekündigte Vergeltung statthaft sein soll. Will man sein Haus verkaufen, so tut man dies ja auch, wenn man diese Absicht nicht zuvor geäußert hat, wofern sich nur die Verkaufsbedingungen, die man bei sich fixiert hat, realisieren.

Es braucht deshalb auch den Irrgängen Feuerbachs, als sei Kenntnis der vorherigen Übelsandrohung eine conditio sine qua non für die nachherige Zufügung des Vergeltungsübels, nicht weiter nachgegangen zu werden.

Leitet also das Vergeltungsrecht seine Berechtigung nicht aus der psychologischen Zwangstheorie her, so ist auf der anderen Seite die Motivation zur Unterlassung unwillkommener Handlungen durch Übelsandrohung in keiner Weise an das Vergeltungsrecht gebunden. Den Zweck, eine Handlung auf psychologischem Wege zu unterdrücken, kann man auch durch Androhung von Übeln, die nicht Vergeltungsübel sind, erreichen. Bekanntlich machte das frühere gemeine Recht in Gestalt der Verbal- und Realterrition bei der Folter, und macht das heutige Zivilprozeß- und Verwaltungsrecht bei der auf Entfaltung eines bestimmten Verhaltens des Exequenden abzielenden Vollstreckung Gebrauch von der Androhung von Übeln, die in keiner Hinsicht als Vergeltungsübel gedacht sind. Ja, vielfach wird derjenige, dem es darauf ankommt, eine schädigende Handlung durch Übelsandrohung zu inhibieren, mit der Androhung des Vergeltungsübels überhaupt nicht auskommen.

Dies einmal dann, wenn es überhaupt an den Voraussetzungen der Vergeltung fehlen würde. Warum soll der Grund-

gedanke des Drohungszwangs z. B. bei Geisteskranken und Kindern zessieren? Soll man z. B. dem Tobsüchtigen nicht sagen, er werde, wenn er weiter tobe, in Zwangsjacke gelegt werden?

Weiter aber kann sich das — der Schuldgröße adäquate — Vergeltungsübel häufig als zu schwach erweisen, als daß die Vorstellung seines Inaussichtstehens motivierend wirken könnte, zumal ja die bloße Vorstellung des Übels geringeren Gewichts ist, als die gegenwärtige Unlustempfindung selbst. Weiß man aber, das die gerechte Vergeltung von dem präsumtiven Schädling in den Kauf genommen werden würde, gebietet dann nicht die psychologische Zwangstheorie, daß man Schlimmeres androht, um den Widerstrebenden im Zaume zu halten? Bekanntlich gehen ja Feuerbachs drakonische Strafdrohungen im Bayrischen StGB. von 1813 auf einen derartigen Gedanken zurück.

Es ergibt sich also, daß die Wahl der anzudrohenden Übel ebensowenig mit der Vergeltungstheorie etwas zu schaffen hat, wie die Festlegung der Voraussetzungen, unter denen die Drohung ihre Realisierung in Aussicht stellt. Deshalb würde auch ein Staat, der kein Vergeltungsrecht hätte, psychologischen Zwang durch Übelsandrohung als seine Gesetzgebungsaufgabe erachten können.

Untersucht man nun weiter die Eignung von Übelsandrohungen für die Zwecke psychologischen Zwanges, so lehrt die Erfahrung, daß sie diesen Zweck nur mangelhaft erreichen, daß zahllose Übeltäter sich über die Drohung hinwegsetzen. In diesen Fällen hat Feuerbach das Gesetz der logischen Konsequenz angerufen, um die Realisation des Übels zu recht-

fertigen. Sehr mit Unrecht. Denn war der Zweck der Drohung der, die Handlung zu verhindern, und hat sie diesen Zweck in concreto nicht erreicht, so kann man nicht in praeteritum den Fehlschlag dadurch abstellen, daß man die Ankündigung durchführt. Wer ein Haus öffentlich zum Verkauf ausgeschrieben hat, wird gewiß nicht, wenn sich kein Kauflustiger daraufhin eingestellt hat, bloß um deswillen, weil er nun einmal jene Ankündigung erlassen hat, das Haus loszuschlagen sich bemühen. Wenn er dies tut, so muß das vielmehr selbständige Gründe haben. Nicht anders bei dem Staate, der sich vor die Frage gestellt sieht, ob er die Übelsandrohung, die in concreto ihren Beruf verfehlt hat, in concreto dennoch verwirklichen will.

Wer auf vergeltungsrechtlichen Prinzipien fußt, findet dort die Frage eben im Sinne des Vergeltungsrechts beantwortet. Aber die Zufügung eines Übels kann auch unter dem Gesichtspunkt der Prävention betrachtet und gerechtfertigt werden. Und damit gelangt man zu einer weiteren als der bisherigen Fruchtbarmachung der Theorie des psychologischen Zwanges.

Übel, die der Staat einem Menschen zufügt, können nämlich nicht bloß als physische Unterdrückung von Handlungen in Betracht kommen (oben S. 79); sie können vielmehr auch, ungeachtet sie einen physischen Eingriff darstellen, darauf berechnet sein, die Anreize zu Handlungen pro futuro in der Seele zu tilgen oder zu schwächen; dies in dem Sinne, daß durch die Übelszufügung eine Illustration dafür gegeben wird, wie es dem präsumtiven Schädling gehen würde, wenn er seinen Gelüsten nachgäbe. Hier ist im Grunde genommen nichts anderes vorhanden, als eine Übelsandrohung mit

sinnenfälliger Aufzeigung des Übels. Alle die unter den Namen der Spezialpräventions- und der Abschreckungstheorie umgehenden Vorstellungen laufen hierauf hinaus; sie unterscheiden sich nur insofern, als sie teils die Zufügung des Übels lediglich als eine Demonstration für den Einzelnen, teils als abschreckendes Beispiel für die Gesamtheit auffassen.

Daß die durch solche drastischen Beispiele unterstützte Übelsandrohung eine zu Präventivzwecken geeignete Maßregel ist, bedarf keiner Ausführung. Und da die Übelszufügung hier gar keine anderen Zwecke als die der Veranschaulichung der angedrohten Übel hat, so ist selbstverständlich gar nicht erforderlich, daß irgend eine Tat der Art, wie sie für die Zukunft verhütet werden soll, schon vorgekommen ist. Wieviel gesunde Philosophie kann man — mit gewissen Reserven — in Wilh. Buschs bekanntem Worte finden:

„Prügel machen frisch und kregel
Und erweisen sich probat,
Ganz besonders vor der Tat,“

nämlich wenn man dem präsumtiven Übeltäter so recht handgreiflich das Übel schon jetzt zu Gemüte führt, das ihn hinterher nochmals treffen soll, wenn er die Übeltat nicht lassen kann! Liegt aber schon eine Übeltat vor, so ist die nunmehrige Übelszufügung, wenn sie nur Präventivzwecke verfolgt, natürlich ohne innere Beziehung zu der in der Vergangenheit liegenden Tat. Deshalb kann die präventive Übelszufügung selbstverständlich den Täter auch treffen, wenn er vollkommen schuldlos war, ja sie braucht überhaupt nicht den Täter, sondern sie kann einen „Unschuldigen“, ja sie kann sogar einen nicht bloß bisher Unschuldigen, sondern sogar

pro futuro gar nicht Beargwöhnten treffen. Geeignetes Demonstrationsobjekt ist vielmehr jeder Beliebige, vorausgesetzt nur, daß der präsumtive Schädling durch die Demonstration seelisch gehörig gepackt wird, daß also die Übelszufügung seiner Wahrnehmung zugeführt wird, und diese Wahrnehmung ihn nachdrücklich in seiner Denktätigkeit aufrüttelt. Droht der Vater seinen Sprößlingen Prügel an und will er ihnen dabei diesen Text durch Anschaulichmachung der in Aussicht stehenden Unlustgefühle erläutern, so kann er sich zu diesem Zwecke recht wohl auch ein fremdes Kind als das Demonstrationsobjekt wählen, wenn er meint, daß dessen Schmerzäußerungen die Bedeutung der Prügel seinen Kindern genügend zum Bewußtsein bringen.

Endlich ist noch zu beachten, daß die nur demonstrandi causa erfolgende Übelszufügung eine vorangegangene Übelsandrohung keineswegs voraussetzt. Ist ihr Sinn nur der, der gegenwärtigen Androhung das Tor des Verständnisses möglichst weit zu öffnen, so ist sie teleologisch auch da gerechtfertigt, wo eine Androhung des Übels nicht vorausgegangen ist, wo vielleicht von einem unwillkommenen Handeln der in Frage stehenden Art bisher noch gar keine Rede war.

Und war tatsächlich schon eine Androhung vorangegangen, so ist es nicht diese, die den Grund der Übelszufügung bildet, wie oben gezeigt; deshalb ist letztere nach Voraussetzungen, sowie Art und Umfang des Übels völlig frei von dem Inhalt der Androhung. Hat der Vater dem Sohne verboten, einen halbgefrorenen Teich zu betreten, und ihm für den Zuwiderhandlungsfall eine Ohrfeige in Aussicht gestellt, so kann er, wenn der Sohn das Verbot übertreten hat, und der Vater

weiteren Mißachtungen nachdrücklich entgegentreten will, dem Sprößling eine gehörige Tracht Prügel applizieren, statt es bei der Ohrfeige bewenden zu lassen.

So bieten sich für die Verbrechensprophylaxe eine reiche Fülle von physischen und psychischen Präventionsmitteln dar. Für ihre rechtliche Anwendung ergeben sich aus dem Grundgedanken der Rechtsordnung: dem ausgleichenden Interessenschutz, folgende Richtschnuren:

a) Der Staat wird die faktisch vorhandenen Präventionsmittel in eine Rangordnung einzustellen haben. Den obersten Rang nehmen diejenigen Mittel ein, die keinerlei Schädigung irgendwelcher Interessen in sich schließen (wie die Besserungsmaßregeln); die übrigen Mittel schließen sich secundum ordinem an, je nachdem sie eine schwächere oder stärkere Schädigung von Interessen des Betroffenen darstellen (so daß z. B. die Übelsandrohung ohne Illustration der von einer Übelszufügung begleiteten vorgeht).

Es ist kein Zweifel, daß das jeweils intensivere Mittel immer nur da Anwendung finden darf, wo mildere Mittel nicht zu Gebote stehen oder nicht genügen; das schwerste Mittel insbesondere kann nur als ultima ratio gerechtfertigt sein.

b) Weiter aber ist der Blick nicht auf das gegen den verbrecherischen Angriff zu schützende Interesse allein zu richten, sondern der etwa zum Opfer zu bringenden Gegeninteressen zu gedenken.

Es ist zunächst möglich, daß die wegen ihre Richtung gegen ein Interesse unwillkommene Handlung nach anderen Richtungen hin interessefördernd ist. Alsdann muß alles Gegenwirken gegen die Handlung, also alle Präventivtätigkeit mit

Einschluß des Handlungsverbots selber entfallen, wenn die Interessenwägung ein prae der Gegeninteressen ergibt.

Sodann sind aber auch die Präventionsmittel daraufhin anzusehen, ob die etwa mit ihnen verbundene Interessenschädigung nicht schlimmer sein würde als die Interessenschädigung, die die zu unterdrückende Handlung mit sich bringen würde. Soweit dies der Fall, paßt das Präventionsmittel nicht in den Gedanken des ausgleichenden Interessenschutzes hinein. So wird z. B. eine langdauernde Einsperrung eines Menschen in der Tendenz, ihm das „Werfen von Steinen gegen Häuser" unmöglich zu machen, jedenfalls nicht in der Weise zulässig sein, daß seine ökonomische Kraft völlig lahmgelegt und seine Familie brotlos gemacht wird; noch viel weniger wird man, um einem groben Unfug zuvorzukommen, zur Hinrichtung des präsumtiven Unfugstifters schreiten.

c) Bei allen diesen Erwägungen und Abwägungen dürfte aber bis zu einem gewissen Grade dem von der Maßregel Betroffenen eine Mitbestimmungsmöglichkeit nicht versagt werden. Während das Vergeltungsrecht jus cogens in vollem Umfange sein muß, findet in das Präventionsrecht auch das jus dispositivum Eingang. Denn bei einer Möglichkeit der Wahl zwischen verschiedenen, dem Zwecke gleich gut dienenden Maßregeln muß notwendig der Wille des Betroffenen überall da den Ausschlag geben, wo er allein der hinsichtlich der betroffenen Interessen in Frage kommende Verfügungsberechtigte ist.

Dies gilt namentlich hinsichtlich der Abschätzung der Schwere der Maßregel. Wem z. B. lebenslängliche Einsperrung erträglicher erscheint als bloße polizeiliche Überwachung, dem wird

man letztere Maßregel nicht als die „mildere" aufoktroyieren dürfen. Wer die Deportation nach einem entlegenen Orte vorzöge, dem wäre tunlichst zu willfahren. Und wenn im heutigen Strafprozeß mit größter Sorgfalt Vorkehrungen getroffen werden, um Selbstentleibungen von Häftlingen zu verhüten, so hätte solche Hinderung im Präventivrecht nur eingeschränkte Berechtigung. Sie harmoniert mit dem Grundgedanken des Vergeltungsrechts, denn der Selbstmörder vereitelt die staatliche Autoritätsbewährung, er „entzieht sich der irdischen Gerechtigkeit". Dagegen wäre sie übel angebracht gegenüber einer Maßregel, die nur den Schutz der Gesellschaft vor dem Individuum anstrebt, da die Selbstentleibung diesen Zweck ja noch viel gründlicher erreicht. Gewiß wird man — aus anderen Gründen — dem als gefährliches Individuum Erkannten nicht freistellen, ob er sich etwa lieber hinrichten lassen wolle. Gewiß wird man sich auch bei zahlreichen gefährlichen Individuen für ihr Lebenbleiben interessieren, auch wo sie selbst das Leben wegwerfen möchten, und deshalb dem Selbstmorde entgegenwirken. Aber es gibt auch Menschen, die man mit Raubtieren verglichen hat, oder die umgekehrt wegen Verblödung oder Versumpftheit nur sich und anderen zur Qual leben. Wenn solche Individuen zu Schutzzwecken auf Lebenszeit eingesperrt gehalten werden, — hätte es dann einen Sinn, ihnen in den Arm zu fallen, wenn sie selbst ihr Leben endigen wollen?

In Verbindung damit stände auch die Notwendigkeit einer gewissen Laxheit des auf Verhängung von Präventionsmitteln abzielenden Verfahrens. Für den Vergeltungsprozeß kommt es darauf an, den Beschuldigten im Verfahren festzuhalten;

entzieht er sich dem Prozeß, so entzieht er sich damit der Staatsautorität und schädigt daher das Ansehen des Staates. Daher das Institut der Untersuchungshaft. Dagegen könnte es in dem nur auf Schutz der Gesellschaft und ihrer Interessen gerichteten Verfahren vielfach nur mit Freude begrüßt werden, wenn der Schädling von selbst auf Nimmerwiedersehen auf und davon ginge, und man so ohne die umständliche Prozedur das Schutzziel erreichen würde: seine Flucht wäre mit dem Stoßseufzer „Abiit, excessit, evasit, erupit" willkommen zu heißen. Eine Festhaltung mittels Untersuchungshaft wäre nur da am Platze, wo man durch die Flucht voraussichtlich das gefährliche Individuum nicht los werden würde, (weil es z. B. den Schauplatz seiner Tätigkeit nur an einen anderen Inlandsort verlegen würde) oder dafür andere Schädlinge eintauschen würde (weil z. B. das Ausland die fluchtbegünstigende Praxis unseres Staatswesens damit beantworten würde, daß es gleichermaßen die gefährlichen Individuen nur verscheucht, ohne sie selbst niederzuducken). Wo man dagegen annehmen dürfte, daß der Entkommene elend zugrunde gehen muß, oder umgekehrt, daß er, sei es aus innerem Entschlusse heraus, sei es weil ihm das Milieu, das ihn zum gefährlichen Individuum machte, auswärts fehlt, in der Fremde ein brauchbares Individuum werden werde, da wäre es Torheit, ihn nicht entrinnen zu lassen.

d) Eine Verschiebung in den Grundlagen des Präventionsrechts kann möglicherweise durch völkerrechtliche Verpflichtungen bewirkt werden, vor allem durch Festlegung bestimmter Bekämpfungsmittel. Während der Staat es ablehnen müßte, fremden Staaten zu Liebe zu vergelten, ohne daß die Ver-

geltungsvoraussetzungen vorlägen, oder über das gerechte Maß hinaus zu vergelten, müßte im Gebiet der Prophylaxe der Staat in gewissen Grenzen vorbeugend auch da vorgehen, wo er es von seinem eigenen Standpunkte aus nicht tun würde, oder mit schärferen Waffen dreinzuschlagen, als sie ihm an sich nötig erscheinen.

Auf der anderen Seite hätte die eigentliche materielle Verbrechensbekämpfung gegenüber dem Ausländer grundsätzlich ganz zu entfallen. Bei ihnen hätte lediglich die Abschiebung in den Heimatsstaat zu erfolgen. Die Vergeltung hätte an ihnen wie am Inländer zu erfolgen, das erheischt die Rücksicht auf die Würde unseres Staates. Den von ihnen drohenden Schädigungen dagegen vorzubeugen, mag dem Heimatsstaat überlassen bleiben — wie dies ja auch heute schon die allgemeine verwaltungsrechtliche Übung der Staaten ist. Würde der Ausländer gutwillig seine Koffer packen, um in seine Heimat zurückzukehren, so würde man dies natürlich noch mit ganz besonderer Freude begrüßen — ihn durch Untersuchungshaft festzuhalten, um ihn zu Besserungsanstalt usw. zu verurteilen, wäre grundverkehrt, es wäre denn, daß man besorgen müßte, er werde das Ausland als Operationsbasis für Angriffe auf inländische Interessen benutzen und der Heimatsstaat werde ihm darin das Handwerk nicht genügend legen.

§ 8. Skizze des Präventionsrechts.

Zieht man aus den bisherigen Erörterungen das Fazit und vergegenwärtigt sich die einzelnen Rechtsbestimmungen, die den als Präventionsrecht auftretenden Rechtsteil zu bilden hätten, so ergeben sich folgende wichtigen Feststellungen:

I. In positiver Hinsicht:

Der grundlegende Rechtssatz hätte etwa dahin zu lauten:

„Gegen solche Personen, von denen ein Angriff auf ein rechtlich geschütztes Interesse droht, ist durch die und die Staatsbehörde mit solchen Maßregeln vorzugehen, die physisch oder psychisch geeignet sind, den Angriff zu verhüten.

Gegen Angriffe, die überwiegend förderlich für rechtlich geschützte Interessen sind, ist nicht vorzugehen.

Ist eine zur Verhütung des Angriffs geeignete Maßregel mit einer Schädigung eines rechtlich geschützten Interesses verknüpft, so ist sie nur dann statthaft, wenn und soweit Maßregeln, die keine oder eine geringere Schädigung nach sich ziehen, nach Lage des konkreten Falles nicht zu Gebote stehen oder nicht genügen".

Diese Sätze könnte der Gesetzgeber dann vielleicht noch dadurch detaillieren, daß er die zu schützenden Interessen aufzählt und die für einen Konfliktsfall erforderliche Abwägung im einzelnen unternimmt, um diese schwierige Tätigkeit nicht dem zur Verhängung der Maßregeln berufenen Organ zuzumuten oder zu überlassen. Indessen wäre solche rechtliche Regelung nichts anderes, als eine Wiederholung dessen, was die sonstigen Rechtsteile, das bürgerliche und das außerhalb des Präventionsrechts bestehende öffentliche Recht (letzteres namentlich insoweit es die sog. „Grundrechte" der Individuen fixiert) ja schon enthalten, sei es expressis verbis enthalten, sei es der „Interessenjurisprudenz" vorbehalten haben.

Ferner wäre denkbar, daß der Gesetzgeber die Voraussetzungen fixierte, bei deren Vorhandensein angenommen werden

solle und bei deren Nichtvorhandensein nicht angenommen werden solle, daß jemand einen Angriff in petto habe.

Endlich wäre möglich, daß die zulässigen Präventionsmittel kasuistisch aufgeführt würden oder umgekehrt gewisse Präventionsmittel als unstatthaft oder als nur bedingt statthaft markiert würden.

Immer aber würde die gesetzliche Regelung die Detaillierung nicht zu weit zu treiben haben. Denn sonst könnte der Präventionstätigkeit leicht Abbruch geschehen. Wo, wie hier, nach Voraussetzungen und Mitteln „πάντα ῥεῖ", da ist Vorsicht geboten. Das gilt namentlich hinsichtlich der Frage, ob von jemanden ein Angriff zu erwarten sei. Untrügliche generelle Kriterien für die „Gefährlichkeit" eines Menschen, die in einer gesetzlichen Formel zum Ausdruck kommen könnten, gibt es nicht. Das von Fall zu Fall eintretende Studium des einzelnen Individuums, die Feststellung der konkreten Gefährlichkeitssymptome wird kaum umgangen werden können. Abhilfe gegen unbegründete Unterstellung einer Neigung zu unerlaubtem Handeln bei tatsächlich durchaus friedfertigen Leuten ist gewiß erwünscht; aber ist das Gesetz imstande, hindurchzusteuern zwischen der Szylla einer Preisgabe der Interessenwelt gegen wirkliche Schädlinge und der Charybdis einer Opferung harmloser Menschen? Kann das Gesetz die Symptome der Gefährlichkeit und Ungefährlichkeit korrekt formulieren? Wohl schwerlich!

Ähnliches gilt auf dem Gebiete der Vorbeugungsmittel. Wohl kann eine Liste derjenigen Mittel aufgestellt werden, die die bisherige Erfahrung als bewährt aufweist. Aber ob sie im konkreten Falle einschlagen, läßt sich — mit einer einzigen Ausnahme: der Tötung des präsumtiven Schädlings als der

ultima ratio — nur durch Ausprobieren ermitteln; insbesondere kann auch die Wahl zwischen gelinderen und einschneidenderen Mitteln kaum im Voraus festgelegt werden; man weiß ja nie, ob das gelindere Mittel ausreichen wird. Ja selbst das zur Verhängung der Maßregel in concreto berufene Staatsorgan kann unmöglich vorher wissen, ob es ihm mit der zunächst gewählten Maßregel gelingt, den Zweck zu erreichen. Deshalb wäre es grundverkehrt, die einmalige Auswahl eines Mittels als endgültige Erledigung der Sache anzusehen; vielmehr dürfte der behördliche Ausspruch nur den Charakter einer indeterminated sentence an sich tragen[1]: das Mittel wäre zu probieren und durchzuführen, bis es Erfolg gehabt hat oder sich seine Unzulänglichkeit herausgestellt hat; in letzterem Falle wäre dann zu anderen Mitteln zu greifen. Schließlich ist auch nicht zu übersehen, daß auch der kurierte Mensch zu gefährlichen Neigungen zurückkehren kann, so daß sich der bisherige Erfolg nur als ein temporärer herausstellt. Auch für diesen Fall dürfte die Präventivtätigkeit nicht durch im Voraus getroffene gesetzliche Bestimmungen behindert sein.

Wenn schließlich der Gesetzgeber die bisher experimentell als im allgemeinen wirkungsvoll erprobten Mittel als die allein zulässigen fixierte, so läge darin ein Mißgriff anderer Art. Weshalb soll es nicht möglich sein, daß ein findiger Beamter auf ein neues bisher noch unbekanntes Präventionsmittel ver-

[1]) Es ist durchaus klar gedacht, wenn die zielbewußten Anhänger des „Punitur ne peccetur" das „unbestimmte Strafurteil" fordern. Wer die Strafe ausschließlich als Vorbeugungsmittel ansieht, macht sich mit der Konzession „bestimmter Strafurteile" einer Unfolgerichtigkeit schuldig.

fällt, und dieses eminent wirksam ist? Soll dieses Mittel bloß um seiner Neuheit willen unstatthaft sein? Also auch da, wo gegen seine Zulässigkeit im Sinne der Interessenwägung gar nichts einzuwenden ist?

Um auch noch einen Blick auf die prozessuale Seite der Sache zu werfen, so würden sich Bestimmungen über die Rechtskraft der Anordnung einer Präventivmaßregel sachgemäß nur so denken lassen, daß die Feststellung der Gefährlichkeit oder Ungefährlichkeit des Individuums rebus sic stantibus definitiv sein solle. Weshalb neu hervortretende Symptome für Gefährlichkeit und Ungefährlichkeit von Rechtswegen ignoriert werden müßten, wäre nicht einzusehen; ebensowenig, weshalb, wenn einmal probeweise ein Mittel gewählt worden ist, und sich dessen Erfolglosigkeit herausstellt, nicht zu schärferen Mitteln gegriffen werden soll. Das Interesse an Rechtszustandsgewißheit, wie es dem Institut der Rechtskraft zugrunde liegt, vermag gegen das Interesse an dem Schutz der sonstigen — jenem Interesse gegenüber „materiellen" — Interessen nicht aufzukommen. Oder wollte jemand ernsthaft rechtfertigen wollen, daß man denjenigen laufen lassen muß, der ein Dynamitattentat plant und durch abtrünnige Spießgesellen verraten worden ist, — laufen lassen muß bloß deswegen, weil er schon früher einmal derartiger Neigungen verdächtig war und damit „freigesprochen" worden ist, oder man bei dem Versuch, ihm das Handwerk etwa durch Polizeiaufsicht zu legen, kein Glück gehabt hat?

Man sieht: das Präventionsrecht würde aus wenigen formulierten Paragraphen bestehen. Das Meiste müßte die Rechtsanwendung leisten.

Ein in sich selbständiges Kapitel würde die Regelung der Frage bilden, ob und inwieweit der Schutz der persönlichen Freiheit und überhaupt der individuellen Rechtssphäre gegen unbegründete und willkürliche Verhängung von Präventivmaßregeln dadurch zu bewirken wäre, daß diese Verhängung in richterliche Hand gelegt oder richterlicher Kontrolle unterstellt würde.

Einerlei aber, in wessen Händen die Verhängung der Vorbeugungsmaßregeln läge, jedenfalls müßte das betr. Staatsorgan den Fall mit ganz anderen Augen ansehen, als wenn es sich um Vergeltung handelte. Für den Vergeltungsprozeß muß notwendig der Satz „In dubio pro reo" gelten, da die Vergeltung ohne vollen Nachweis ihrer Voraussetzungen das öffentliche Rechtsbewußtsein empört und damit der Staatsautorität abträglich wird, also direkt dem Zwecke widerspricht, zu dem die staatliche Vergeltung dienen soll. Wo dagegen bevorstehenden Gefahren entgegengewirkt werden soll, da wird der — überhaupt schwer zu erbringende — Nachweis der Gefahr nicht unbedingt verlangt werden können. Man wird ja zwar, je deutlicher die Gefährlichkeit eines Individuums hervortritt, um so energischer und skrupelloser eingreifen. Aber auch da, wo die Gefährlichkeit nicht ganz sicher feststeht, wird man nicht einfach die Augen schließen und es darauf ankommen lassen, ob das Unheil seinen Lauf nimmt. Man denke z. B. daran, daß ein flanierender Bummler aufgegriffen wird, wie er Gebäude umschleicht, und daß man vermutet, daß er zu einer Brandstiftung gedungen sei — ohne daß man aber diesen Verdacht durch mehr belegen könnte als dadurch, daß man Streichhölzer bei ihm vorgefunden hätte. Sicher wird man hier sagen

„Besser ist besser“ und wenigstens seine Wegführung, Überwachung u. dgl. gutheißen. Lag dem Individuum nichts Arges im Sinne, so ist ja freilich die angewandte Maßregel objektiv rechtswidrig. Aber ein Vorwurf könnte den Staat doch so wenig treffen wie den Privaten, der ohne Fahrlässigkeit Putativnotwehr übt, oder den Staat, wenn er strafprozessuale Untersuchungshaft gegen einen Unschuldigen verhängt. In Frage kommen könnte nur in derartigen Fällen eine nachherige Entschädigung für das objektiv grundlos erlittene Übel. Jedenfalls müßte es im allgemeinen heißen: In dubio pro illo, qui in periculo esse videtur.

II. Unbedingt fehlen müßten in dem Präventionsrecht, wollte es nicht grausam verstümmelt und gerade für die prophylaktischen Zwecke untauglich gemacht werden, Rechtsbestimmungen der Art, wie sie oben § 5 als dem Vergeltungsrecht charakteristisch aufgezeigt worden sind.

1. Ein „postquam peccatum est“ als Voraussetzung für präventives Einschreiten käme nicht in Frage: weder so, daß ohne vorherige Tat ein solches unstatthaft, noch so, daß nach einer begangenen Tat ein präventives Einschreiten ohne weiteres statthaft wäre. „Verbrechensfall“ und „Präventionsfall“ sind verschiedene Dinge.

Ein Präventionsfall ist allemal, aber auch nur dann, gegeben, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß ein Individuum mit gefährlichen Plänen umgeht. Solche gefährliche Neigungen müssen natürlich so früh wie möglich bekämpft werden. Je früher die vorbeugende Tätigkeit einsetzt, um so geringer wird der aufzubietende Apparat sein können, und um so mehr Erfolg verspricht die Bekämpfungstätigkeit. Ein Übel im Keime

ersticken ist besser, als es erst groß werden zu lassen und dann erst dagegen vorzugehen. Natürlich kann ein begangenes Verbrechen ein Symptom für die Gefährlichkeit des Individuums sein. Aber diese Gefährlichkeit kann sich schon vorher enthüllen, z. B. durch die an den Tag kommenden Vorbereitungshandlungen, durch selbstverräterische Äußerungen gegen Dritte, die nicht dicht halten, usw. Ein Abwarten der Tatbegehung wäre schlechthin unbegreiflich. Ja es wird den Präventivorganen besonders zum Lobe gereichen, wenn sie nicht erst nachdem das Kind hineingefallen ist den Brunnen zudecken, sondern eine so feine Witterung besitzen, daß sie jeder Betätigung gefährlicher Neigungen zuvorkommen.

Die Notwendigkeit vorsorglich vorbeugender Staatstätigkeit ohne Abwartung einer Tat tritt in Ansehung der Kinder und Jugendlichen in besonders helles Licht. Auch wo man nicht in der Lage ist, aus ihrem eigenen Leben Handlungen nachzuweisen, die ihre Gefährlichkeit dartun, kann ihre Abstammung und das Milieu, in dem sie leben, den Schluß rechtfertigen, daß sie gefährdet und darum gefährlich sind. Ein solches Kind gerettet zu haben, wird gewiß stets ein schönes Ruhmesblatt für den Retter bilden.

Ebenso ist keines Beweises bedürftig, daß auch der Erwachsene im Hinblick auf die Umwelt, die ihn umgibt, oder wegen der persönlichen Lage, in der er sich befindet, als gefährlich erscheinen kann; man denke an Tagearbeiter, die durch Krankheit, unverschuldete Arbeitslosigkeit usw. in Not und Versuchung geraten sind, ohne bisher schon der Versuchung erlegen zu sein; man denke an solche Leute, die in lockere Gesellschaft hineingeraten sind und stets die schlech-

testen Beispiele vor Augen haben, dabei selbst zum Leichtsinn neigen; man denke an Leute, die durch Alkoholgenuß vergiftet sind. Auch hier kann es dringend geboten sein, mit fester Hand zuzugreifen, bevor die schlechte Saat aufgegangen ist.

Zur Rechtfertigung des Requisits der schon begangenen Tat für die Ergreifung vorbeugender Maßregeln beruft man sich zuweilen [1]) auf die Notwendigkeit einer Sicherung der Individualsphäre gegen die Staatsgewalt, auf die Idee des „Rechtsstaats". Allein dieser — natürlich berechtigte — Grundgedanke kann doch nur dahin führen, daß die Behörde zu einer motivierten Feststellung der Gefährlichkeit angehalten werde. D. h. also, es ist Sorge dafür zu tragen, daß nicht etwa der Lombrososche tipo criminale als Gefährlichkeitssymptom genommen wird, oder sonstige krause und abenteuerliche Gefährlichkeitsbehauptungen ihr Unwesen treiben. Wo dagegen wirklich greifbare Symptome dafür gegeben sind, daß das Individuum gefährliche Neigungen hat, weshalb sollen dann derartige Symptome gesetzlich zu Nichtsymptomen gestempelt werden? Unterwirft doch auch das Zivilprozeßrecht, auch im „Rechtsstaate", das Individuum Arresten und einstweiligen Verfügungen nicht nur dann, wenn der Schuldner schon gesündigt hat, sondern überall da, wo greifbare Anzeichen für einen Gefahrzustand vorliegen!

Auf der anderen Seite kann aber eine begangene Tat auch nicht ohne weiteres genügen, um Präventivakte zu rechtfertigen. Denn mit der begangenen Tat kann sich die Gefährlichkeit des Täters völlig erschöpft haben — wie die Wespe,

---

[1]) So v. Liszt, Lehrb. 16/17, 79.

sobald sie gestochen hat, den Stachel verliert und harmlos geworden ist. Es ist insbesondere möglich, daß die gefährlichen Neigungen durchaus nur nach einer ganz bestimmten Richtung vorhanden waren und durch die Tat befriedigt sind. Möglich ist weiter, daß der Täter post delictum durch nachher eintretende Ereignisse ungefährlich wird: er neigte vielleicht nur zu körperlichen Gewalttätigkeiten und diese werden ihm für Zukunft dadurch unmöglich gemacht, daß er in unheilbares Siechtum verfällt. Hier fehlt es an der Grundvoraussetzung aller Prophylaxe. Von wem nichts zu befürchten steht, gegen den braucht man nicht auf der Hut zu sein und keine vorbeugenden Schritte zu tun.

2. Kommt somit „die Tat“ nur als ein Symptom unter anderen, und nur als ein nicht unbedingt sicheres Symptom für die Gefährlichkeit in Betracht, so ist es erst recht gleichgültig, ob, wenn schon eine „Tat“ begangen ist, diese rechtswidrig war oder nicht. Auch wenn sie gar nicht zu bemängeln ist, kann sich in ihr eine Schädlingsneigung enthüllen — z. B. kann dem Scharfrichter die Lust an Tötungen aus den Augen leuchten —; umgekehrt braucht der einmalige Rechtsbruch nicht fortdauernde Gefährlichkeit zu indizieren.

3. Entsprechendes gilt hinsichtlich der Schuldhaftigkeit einer begangenen Tat. Liegt eine schuldhafte Tat eines Individuums vor, so mag der Einblick in die psychischen Vorgänge und die Feststellung eines Verschuldens geeignet sein zur Erkenntnis der ganzen Persönlichkeit und damit zur Gewinnung des Urteils, ob der Täter als gefährlicher Mensch anzusehen sei, sowie zur Erkenntnis der psychischen Mittel, die ihn im Zaume zu halten vermögen. Aber trotz noch so großer Schuld hinsicht-

lich der vergangenen Tat kann es an Gefährlichkeit pro futuro fehlen (z. B. dem Täter fehlt es an der physischen Möglichkeit, neues Unheil anzurichten). Und auf der anderen Seite kann die begangene Tat die Gefährlichkeit des Individuums auch enthüllen, wenn es — wegen Geisteskrankheit, Jugendlichkeit usw. — an jeder Schuld fehlte: ja gerade die Aufdeckung des Mangels der — der Verschuldung zur Grundlage dienenden — Widerstandskraft gegen üble Einflüsse kann eine besonders intensive Aufforderung dazu enthalten, vor diesem allen Einflüsterungen wehrlos preisgegebenen Individuum auf der Hut zu sein und gegen dieses die gebotenen Schritte zu tun. Oder wie will man sonst die Zwangserziehung gegen die ohne ihre Schuld verwahrloste Jugend rechtfertigen? Oder die Detention gemeingefährlicher Geisteskranker? Die Bemühungen mancher Relativisten, auch in solchen Fällen eine „Zurechnungsfähigkeit" nachzuweisen, etwa in dem Sinne, daß die Zurechnungsfähigkeit in der „Empfänglichkeit für das zu verhängende Übel" bestehe, kommt einer Auflösung des Begriffes der Zurechnungsfähigkeit gleich, denn für irgend welche Übel ist jeder Mensch empfänglich, und demnach gäbe es überhaupt keine Zurechnungsunfähigen. Gesetzt aber selbst, die Zurechnungsfähigkeit wäre vorhanden, wo bliebe dann die Tatschuld? Es ist bezeichnend, daß der Schuldbegriff eine Art noli me tangere für die Relativisten ist. Soweit sie nicht ganz unbefangen die klassische Definition der Schuld wiedergeben (und damit sich selbst das Verdikt sprechen), soweit sie vielmehr dem unbequemen Moment der Tadelhaftigkeit der Tat entrinnen wollen, kommen sie auf die nichtssagende Formel hinaus, daß die Schuld „die Beziehung der Innerlichkeit

des Täters zu der Tat" ist, wodurch jedes nicht im Zustande völliger Bewußtlosigkeit vorgenommene Tun eines Menschen zum „schuldhaften" gestempelt ist, da natürlich irgend eine „Beziehung" zwischen Innerlichkeit und Tat allemal vorhanden ist.

Demgegenüber gilt es offen und ehrlich anzuerkennen, daß neben den Satz „Keine Vergeltung ohne Schuld" der andere zu stellen ist: „Prävention auch ohne Schuld".

Deshalb ist es auch eine offensichtliche Inkonsequenz, wenn sich die heutigen Anhänger der „Schutzstrafe" gegen die „Erfolghaftung" wenden. Sie übersehen, daß es schuldfähige Individuen gibt, die gerade deshalb besonders gefährlich sind, weil sie wegen ihrer geringen Fassungskraft oder Urteilskraft immer wieder derart „hereinfallen", daß ihnen nicht der geringste Vorwurf gemacht werden kann. Derartige Leute können ahnungslos und ohne imstande gewesen zu sein, die Tragweite ihres Handelns zu erkennen, also in voller Unschuld, die ärgsten Schädigungen begehen. Eine derartige schuldlose Tat kann gerade mit Rücksicht auf den Erfolg helles Licht auf die Beschränktheit des Täters werfen. So wenig es angeht, hier Vergeltung eintreten zu lassen, so unangebracht wäre doch der Verzicht auf Abwehr pro futuro. Je weniger das große Heer der Dummen den Vergeltungsrichter interessiert, um so mehr interessiert es die Präventivorgane; je mehr die Dummheit die Verantwortlichkeit aufhebt, um so gefährlicher wird sie.

Als ein Spezialfall mag hier der Fall des Aberglaubens genannt sein. Der im Aberglauben Befangene kann ein absolut „harmloser" Mensch in dem Sinne sein, daß man, träfen nur

seine abergläubischen Vorstellungen mit der Wirklichkeit überein, ihm aus seinem Handeln gar keinen oder höchstens einen geringfügigen Vorwurf machen könnte (z. B. er wird durch seine abergläubischen Vorstellungen dazu gedrängt, sich in Notwehrstand versetzt zu fühlen usw.)[1]); und er kann gerade durch diese rührende Einfalt seine ganz besondere Gefährlichkeit mit Bezug auf bestimmte Personen usw. dokumentiert haben.

Wie deplaciert das Schuldrequisit hinsichtlich einer etwa begangenen Tat wäre, offenbart sich besonders, wenn man sich vergegenwärtigt, daß nicht einmal die erwarteten Angriffe, denen die Abwehr gilt, schuldhaft zu sein brauchen, der Träger des geschützten Interesses vielmehr Schutz gegen Angriffe überhaupt erwarten darf. Und die Präventivtätigkeit wird gerade gegen schuldunfähige Individuen zu einer besonders dankbaren Aufgabe werden: man wird gerade auf den Mangel an Widerstandskraft spekulieren können, indem man das Individuum in ein Milieu bringt, in dem sich nur gute Einflüsse geltend machen.

Im Zusammenhang mit dem Gesagten steht, daß natürlich auch juristische Personen die Feinde sein können, gegen die man sich wehrt. Ja sogar die Abwehr tierischer Angriffe wäre im Wesen nichts anderes als das Vorbeugen gegen menschliche Handlungen; nur die Präventivmittel würden sich mit Rücksicht auf die Sachqualität des Tieres, die an ihm bestehenden Rechte und die abweichende Motivierbarkeit modifizieren.

---

1) Vgl. den sehr lehrreichen Fall aus dem Jahre 1906 bei Gaupp, Arch. für Krim.-Anthropol. und Kriminalistik 28 20.

Wenn demgegenüber v. Liszt[1]) das Strafgesetz — in seinem Sinne also das Präventivgesetz — als die Magna Charta des Verbrechers preist, weil es verhindere, daß an Stelle der individuellen Verschuldung die soziale Gefahr gesetzt werde, so mag die Frage erlaubt sein: Will denn v. Liszt in seinen Interessen nur gegen solche Leute geschützt sein, die schon einmal, und zwar schuldhaft, Interessen verletzt haben? Wenn die soziale Gefahr es ist, der gesteuert werden soll, warum soll dann ein Freibrief für diejenigen ausgestellt werden, die noch nicht zu Verbrechern geworden sind? Was v. Liszt vorschwebt, das ist: es soll sich der vage Begriff der „sozialen Gefahr“ nicht selbst zu der Gefahr für uns auswachsen, daß wir selber als präsumtive Schädlinge behandelt werden, ohne es zu sein. Das aber steht auf einem anderen Blatte, ob und wie dieser Begriff gesetzlich näher umrissen werden kann[2]). Daß die „individuelle Verschuldung“ damit nichts gemein hat, ist doch handgreiflich!

4. Gar keine Rede kann bei der vorbeugenden Tätigkeit davon sein, daß sie notwendig mit einem Übel für den Betroffenen verbunden sein müßte. Im Gegenteil muß, wie oben gezeigt, prinzipiell ein Auskommen mit Maßregeln ohne Übelscharakter angestrebt werden. Andrerseits aber ist, wenn der Zweck nicht ohne Leidzufügung erreicht werden kann, diese Leidzufügung keineswegs auf diejenige Person, gegen die sich die Abwehr richtet, beschränkt, vielmehr können, — und müssen unter Umständen — sich auch Dritte gefallen lassen,

---

1) Lehrbuch 16/17 79 Anm. 13.

2) Vgl. dazu oben S. 93.

in Mitleidenschaft gezogen zu werden, mögen sie noch so „unschuldig“ sein.

5. Wird in präventiver Tendenz mit Verhängung von Übeln vorgegangen, so hängt deren Maß in keiner Weise von einer etwa schon begangenen Tat des Individuums ab. Weder die objektive Bedeutung des angerichteten Schadens, noch die Tiefe des bei der Tat manifestierten Verschuldens sind irgendwie bestimmend. Die harmloseste Tat kann eine intensive Gefährlichkeit erkennen lassen und scharfe Abwehrmittel heischen, die ärgste Tat kann, z. B. weil bei dem Täter eine Sinnesänderung eingetreten ist, pro futuro nur gelinde Abwehrmittel nötig machen.

Folgesätze hieraus sind, daß namentlich gegen den „geistig Minderwertigen“ prophylaktische Maßregeln am Platze sein können, die an Übelsgehalt weit über das zulässige Vergeltungsübel hinausgehen; sowie daß in allen Fällen die Präventivmittel simultan und sukzessiv derart gehäuft werden können, daß die Summe des dadurch bedingten Leidens das Maß der Schuld bei Weitem übersteigt.

Es ist deshalb auch ohne Folgerichtigkeit, wenn die Präventivkriminalisten die Formel aufstellen: das zu verhängende Übel richte sich nach der „Gesinnung“ der Täters. Für die Gefährlichkeit eines Menschen kommt neben seiner Gesinnung noch das Maß der Fähigkeit in Betracht, seine Gesinnung durchzudrücken. Der noch- so loyal Gesinnte kann, wenn er charakterschwach ist, zahlreichen Anfechtungen zum Raube fallen und so, das Gute wollend, doch stets das Böse schaffen.

Schon deshalb erweist sich der Versuch, über die Verschiedenheit der Ergebnisse, zu denen man bei Vergeltung

und bei Prophylaxe gelangt, hinwegzukommen, als gescheitert. Dazu kommt aber noch, daß „die Gesinnung", so sehr sie für die Schuld mit in Betracht kommt, doch die Schuld möglicherweise an Tadelhaftigkeit übersteigt; denn wie oben (S. 62ff.) gezeigt, bestimmt sich die Schuld nicht nach der Persönlichkeit als solcher, sondern nach ihrer Verkörperung in der Tat; bei allerübelster Gesinnung kann doch die konkrete Tatschuld gering sein, weil die Tat selber objektiv nur geringe Bedeutung hat.

Würde endlich im konkreten Falle die „Schuld" als Gefährlichkeitssymptom verwendet, so könnte doch von einer Berücksichtigung der Schuldstufe — ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit — bei Bemessung des Präventivmittels keine Rede sein. Denn einerseits kann der dolus des Täters mit einem in der konkreten Sachlage aufgetretenen Motiv zusammenhängen, dessen Wiederauftreten so gut wie ausgeschlossen ist; der Täter hat z. B. lediglich einer von ihm als unerträglich empfundenen Notlage ein Ende gemacht, etwa seinen ihn grausam mißhandelnden Stiefvater getötet, ohne sonst im geringsten tötungslustig zu sein. Seine Gefährlichkeit ist dann trotz des vorhandenen Vorsatzes, wenn überhaupt zu bejahen, so doch nur von minimaler Bedeutung. Umgekehrt kann eine Fahrlässigkeit, ein horrendes „Vergessen" u. dgl., den Täter gerade um deswillen als einen besonders gefährlichen Menschen indizieren, weil man sich von ihm solch blinden Darafloshandelns auch in sehr ernsten Angelegenheiten für die Zukunft versehen muß.

III. Aber selbst für Rechtsbestimmungen der Art, wie sie oben § 5 II S. 69ff. als wenn auch nicht von den Grundgedanken des

Vergeltungsrechts unbedingt gefordert, so doch mit ihnen in Einklang befindlich aufgewiesen worden sind, wäre im Präventionsrecht kein Raum.

1. Die Aufstellung von „Deliktstatbeständen" müßte, soweit es sich um vergangene Taten handelt, schon deshalb entfallen, weil die Präventivtätigkeit das Vorliegen einer „Tat" überhaupt nicht erheischt, und ein geschehener Angriff selbstverständlich den Täter als präsumtiven Schädling auch dann erkennen lassen kann, wenn er glücklich durch die Maschen der gesetzlich fixierten Tatbestände hindurchzuschlüpfen verstanden hat. So sehr es sich rechtfertigen läßt, daß solche Filous von Vergeltung verschont bleiben, so unbegreiflich wäre das Postulat, daß man ihnen nicht pro futuro das Handwerk legen dürfe.

So könnte in dem Präventionsgesetzbuch auch nicht ein einziger Paragraph des Besonderen Teils der heutigen Strafgesetzbücher Verwendung finden. Es könnte nicht heißen: „Wer . . . einen Menschen tötet, wer eine fremde Sache beschädigt oder zerstört", gegen den wird so und so vorgegangen.

Aber die Bindung der prophylaktischen Tätigkeit an formulierte „Tatbestände" hätte auch nicht einmal in der Weise Sinn, daß das Präventivorgan die befürchtete Handlung daraufhin untersuchen müßte, ob sie einem fest formulierten Tatbestande unterfallen würde, sodaß die Tatbestände lediglich der Umleitung in futurische Ausdrucksweise — „derjenige, von dem zu erwarten steht, daß er einen Menschen töten, eine fremde Sache beschädigen werde . . ." — bedürften. Denn ganz abgesehen davon, daß die Subsumtion noch gar nicht begangener Handlungen unter die gesetzlichen Tatbestände

kaum ausführbar wäre: Vor Allem wäre solche Einengung der vorbeugenden Tätigkeit eine flagrante Preisgabe schutzwürdiger Interessen gegenüber jenen gewissenlosen Subjekten, die in fraudem der Tatbestände ihr Wesen zu treiben gedächten. Das Präventionsrecht verträgt keine derartige Formalisierung; nicht gegen typisch charakterisierte Angriffe, sondern gegen Angriffe überhaupt ist Gegenwehr am Platze.

Eine Detaillierung wäre lediglich in dem Sinne denkbar, daß die für schutzbedürftig erachteten Interessen enumerativ aufgezählt würden (eventuell unter Beigabe einer Abwägungstabelle für Konfliktsfälle)[1]. Ganz belanglos wäre dagegen die — in unseren heutigen Tatbeständen eine große Rolle spielende — Art und Weise des Angriffs gegen diese Interessen. Soll z. B. die Freiheit der Entschließung geschützt werden, so dürfte der Schutz nicht bloß gegen Gewalt oder Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen (vgl. StGB. § 240) gewährt werden. Oder soll man etwa denjenigen ruhig gewähren lassen, von dem man annimmt, daß er durch beständiges Drohen mit ruhestörendem Lärm einen Anderen peinigen werde? So verständlich es ist, daß derjenige, der in solcher Weise einmal genötigt hat, von Vergeltung frei bleibt, so unverständig wäre es doch, dem durch derartige Nötigungen Bedrohten für die Zukunft den schützenden Arm des Staates zu versagen.

Daß damit auch die Aufstellung besonderer Tat-Erscheinungsformen, ferner auch die Schuldbemessung nach der Beziehung der Innerlichkeit des Täters auf Tatbestand und Er-

---

[1]) S. oben S. 93.

scheinungsformen im Präventionsrecht ungereimt wären, liegt auf der Hand.

Zu besonders handgreiflichen und empfindlichen Beeinträchtigungen der Verbrechensabwehr würde man namentlich in den Fällen des Versuchs gelangen. Nach der von v. Liszt aufgestellten Formel hätte nur der „gefährliche“ Versuch Strafe, d. i. im Lisztschen Sinne Sicherungsmaßregeln pro futuro, nach sich zu ziehen. Nun ist aber ohne weiteres klar, daß gerade der in concreto ungefährliche Versuch eine hochgradige Gefährlichkeit des Individuums enthüllen kann. Der Täter hatte beispielsweise bisher geglaubt, daß der Extrakt gewisser von ihm präparierter Kräuter eine Abtreibung bewirken könne; sein Opfer hat den Extrakt ohne allen Schaden genossen, und die Sachverständigen stellen fest, daß diese Kräuter nur lauter gesundheitförderliche Stoffe enthalten. Der Täter wird hier, wenn er nicht auf den Kopf gefallen ist, einfach seine Praxis dahin ändern, daß er fortan andere, wirksame Mittel wählt. Gerade die durch ungefährliche Versuchshandlungen erwiesene persönliche Gefährlichkeit des Individuums hat unzweifelhaft die Bestrebungen nach Bestrafung auch des absolut untauglichen Versuchs gezeitigt. Man empfand eben die Straflosigkeit, als identisch aufgefaßt mit „Gewährenlassen“, als ungeheuerlich. Sieht man schärfer zu, so erhellt deutlich, daß, so unhaltbar auch die Möglichkeit vergeltenden Einschreitens ist, doch präventive Schritte dringend not tun.

2. Die Androhung eines bestimmten Übels für den Zuwiderhandlungsfall wäre an sich natürlich denkbar und brauchbar; sie ist eben selber ein Verhütungsmittel. Aber sie ist nur eins unter vielen, und steht um ihrer beschränkten Wirksam-

keit halber nur auf einer unteren Stufe. Jedenfalls aber könnte im Gegensatz zum Vergeltungsrecht ihre Bedeutung niemals die sein, daß ihr Vorausgegangensein zu präventivem Vorgehen unerläßlich wäre oder daß sie Art und Maß der künftigen Prävention irgendwie begrenzte.

Schlechterdings unsinnig wäre im Sinne des Präventionsrechts eine Vinkulierung der Androhung durch irgend welche besonderen Bedingungen, etwa durch Tatbegehung im Inlande, Eröffnung des Konkurses usw. Denn darin läge die Verheißung, daß man bei Fehlen solcher Bedingungen keinen Anlaß nehmen wolle, den Täter als gefährlich anzusehen und sich gegen ihn pro futuro zu wehren — eine wahre Anlockung zur Verbrechensbegehung. Die Verheißung, nicht vergelten zu wollen, kann guten Grund haben; die Verheißung dagegen, gar nichts zum Schutze der Gesellschaft unternehmen zu wollen, wäre geradezu kompromittierend für den Staat. Es wäre nur zu begreiflich, wenn sich die Individuen die Schwäche der Gesetzgebung zu Nutze machten und ihre interesseschädigenden Handlungen so einrichteten, daß sie den besonderen Bedingungen nicht genügten.

3. Über die Aufstellung einer Liste der zulässigen Vorbeugungsmittel s. oben S. 95.

4. Gesetzliche Ausprägung bestimmter Umstände mit der Wirkung, daß nach Gegebensein eines Präventivfalles dennoch die Präventivtätigkeit wegfallen solle, wäre an sich denkbar. Aber nur so, daß die Umstände fixiert würden, die ergäben, daß der bisherige künftiger Verbrechen Verdächtige aufgehört habe, gefährlich zu sein. Aber wie die Gefährlichkeit von vorn herein kaum an der Hand starrer Formeln erkannt wer-

den kann, so würde auch ihr Wegfall kaum anders als aus dem einzelnen Falle feststellbar sein; die gesetzlichen „Präventionsaufhebungsgründe“ würden sich auch ganz und gar nicht mit den Vergeltungsaufhebungsgründen decken.

Ganz auszuscheiden hätte hier namentlich im Gegensatz zum Vergeltungsrecht jede Berücksichtigung der Tatsache, daß das Individuum die ihm staatlich zudiktierte Maßregel hat über sich ergehen lassen: es gibt keine Erledigung der Prophylaxe durch „Verbüßung“ einer einmal festgesetzten Maßregel. Auch wo anfänglich nicht die Form der „indeterminated sentence“ gewählt war, sondern nur eine bestimmte Einzelmaßregel, womöglich auf bestimmte Zeit, angeordnet war, hätte der Staat ohne Ermatten gegen das noch immer gefährliche Individuum vorzugehen.

Desgleichen könnte eine „Verjährung“ in keiner Form aufrecht erhalten werden. Oder soll etwa der Verbrecher um deswillen an Gefährlichkeit verlieren, weil er die Erfahrung gemacht hat, daß man ganz gut Verbrechen begehen könne, ohne den Staatsorganen in die Hände zu fallen? Wird nicht gerade der Verbrecher, gegen den Verjährung eingetreten ist, neuer Taten besonders verdächtig sein, weil die Spekulation darauf, auch das zweite Mal durch andauerndes geschicktes Ausweichen der Strafjustiz zu entgehen, ihm geradezu aufgedrängt ist?

Möglich wäre, wie im Vergeltungsrecht, daß einem Staatsorgan freigegeben würde, die „an sich verwirkten“ Maßregeln nachzulassen. Aber in ganz anderem Sinne! Im Vergeltungsrecht handelte es sich um eine Vorsichtsmaßregel zur Unschädlichmachung der abstrakten Vergeltungsgesetze; hier da-

gegen wäre die gesetzliche Festlegung der Staatstätigkeit von vorn herein gar nicht anders möglich, als unter prinzipieller Anweisung der Präventivorgane zur kasuistischen Interessenwägung. Daher kommt die Frage nach dem Erlaß der Vergeltung am besten und natürlichsten an den Schluß der Prozedur, während sich jede Präventivtätigkeit bei Vorhandensein überwiegender Gegeninteressen von vornherein verbieten würde; und damit in Verbindung: das Erlaßorgan kann im Vergeltungsrecht ein anderes sein als das Vergeltungsorgan; im Präventivrecht wäre kaum denkbar, daß die Frage nach dem Unterbleibenmüssen der Vorbeugungstätigkeit in die Hand eines anderen Organs, als des Präventivorgans selbst, gelegt würde.

5. Endlich hätte das Problem der „Konkurrenz der Verbrechen" für das Präventivrecht keine Bedeutung. Denn wenn überhaupt Verbrechensfälle als Symptom für Gefährlichkeit des Individuums vorliegen, so ist doch ganz gleichgültig, wie viele ihrer waren, ob Ideal- oder Realkonkurrenz vorliegt usw. Was macht es aus, ob der Delinquent zu einer Körperverletzung und einer Sachbeschädigung einen Steinwurf oder deren zwei aufgewendet hat? Daß auch mit Bezug auf die erwarteten Störungshandlungen das Konkurrenzproblem nicht in Frage käme, ergibt sich schon daraus, daß man nicht im Voraus wissen oder auch nur annähernd vermuten kann, ob der präsumtive Störenfried diese oder jene juristische Begehungsweise wählen wird.

III. Das Verhältnis des Vergeltungsrechts zum Präventionsrecht.

§ 9.

Vergeltungsrecht und Präventionsrecht haben beide ihre volle Existenzberechtigung erwiesen. Konfrontieren wir nunmehr beide miteinander und fragen, ob sie nicht am Ende identisch seien. So grundverschieden sie in ihrer äußeren Erscheinung sind, so wäre ja immerhin möglich, daß die praktischen Resultate sich deckten, und nur die theoretischen Wege, die zu ihnen hinführen, von verschiedenen Ausgangspunkten her und durch verschiedenes Gelände hindurch das Ziel erreichen. Wäre das der Fall, so könnte sich der Gesetzgeber damit bescheiden, die Ergebnisse zu fixieren und ihre Begründung dem rechtsphilosophischen Denken zu überlassen.

1. Sollen nun die Ergebnisse von hüben und drüben miteinander identisch sein, so ist erste Bedingung, daß ihre Voraussetzungen zusammenfallen. Ergibt sich, daß dies nicht in vollem Umfang der Fall ist, so kann von gleichem Resultat keine Rede sein, wäre es auch, daß die Voraussetzungen zum Teil kongruent sind. Ergibt sich auch nur ein Überschuß über das Gemeinsame auf seiten beider Denkwege, so ist damit erwiesen, daß man praktisch nicht zu demselben Ergebnis gelangt. Es fragt sich also, ob es Staatstätigkeiten gibt, die das Vergeltungsrecht erheischt, während sie aus dem Präventionsrecht nicht begründet werden könnten, und umgekehrt.

Diese Frage spitzt sich zu auf eine Vergleichung der Zwecke, die der vergeltenden und der prophylaktischen Tätigkeit voranleuchten; denn die Zwecke sind es, die die Voraussetzungen regulieren. Nun ist oben aufgezeigt, daß sich die Vergeltung danach richtet, ob sie durch das Interesse an der Wahrung der Staatsautorität geboten ist; die Prävention danach, ob irgend welche Lebensinteressen bei Unterbleiben der Präventivtätigkeit Not leiden würden. Steht also auf beiden Seiten Interessenschutz in Frage, so ist damit gewiß eine höhere Einheit gefunden. Aber ganz die gleiche höhere Einheit verbindet auch das Privatrecht mit dem öffentlichen Recht, überhaupt alle Teile des Rechts untereinander. Identität der Rechtsteile ist damit nicht bewiesen. Vielmehr kommt es darauf an, die als Schutzobjekte ins Auge gefaßten Interessen näher zu bestimmen.

Für das Präventionsrecht kommen alle nur irgend denkbaren Interessen in Betracht, private Interessen an Beherrschung der Sachgüterwelt, an Leben, Freiheit, Ehre usw., wie öffentliche Interessen aller Art mit Einschluß des Interesses, das der Staat an Wahrung seiner Autorität hat; für das Vergeltungsrecht das letztere allein[1]). In diesem Sinne kann man vorläufig das Vergeltungsrecht als eine Teilerscheinung des Vorbeugungsrechts auffassen.

Aber auf der Stelle fallen trotz dieser Berührungspunkte Vergeltungsrecht und Präventionsrecht auseinander, sobald man

---

[1]) Über die Beziehungen des Autoritätsinteresses zu den außerhalb seiner liegenden Interessen, insbesondere über die gebotene Verselbständigung desselben vgl. oben S. 36f.

8*

sich klar macht, wie ganz anderen Wert die Vergeltung und die Inhibierung künftiger Angriffe haben.

Der Erfolg der staatlichen Präventivtätigkeit ist erstens ein durchaus spezieller: er kommt lediglich demjenigen Interesse zu gute, das vor Beeinträchtigung gewahrt wird. Gelingt es dem Staate, Diebstähle und Morde zu verhindern, so hat er damit Eigentum und Leben geschützt; seine Autorität nicht oder doch nur möglicherweise. Seine Autoritätsinteressen schützt er nur dann, wenn er Angriffe eben auf dieses Autoritätsinteresse selbst abwehrt.

Der Erfolg der Präventivtätigkeit ist zweitens ein rein äußerlicher: der Eigentümer hat seine Sache noch, derjenige, gegen den sich der Mordanschlag richtete, lebt noch usw. Auch wo das Autoritätsinteresse des Staates selber angegriffen war und der Angriff abgeschlagen ist, d. h. also es dem Angreifer nicht gelungen ist, das Respektsgefühl zu untergraben, ist das Ergebnis nur ein negatives: dem Angreifer ist seine Ohnmacht gegenüber dem Staate klar geworden. Ob die prophylaktische Tätigkeit die Respektsgefühle positiv fördert, steht jedenfalls dahin. Ebenso vermag auch die gelungene Verhütung, selbst die ein Übel verhängende, das im Volke vorhandene Vergeltungsbedürfnis nicht unbedingt zu befriedigen, wo es sich überhaupt um einen Fall handelt, in dem ein solches auftaucht, d. h. also wo ein Verbrechen schon begangen ist. Das gesunde Volksempfinden unterscheidet noch sehr scharf zwischen den Übeln, die lediglich notgedrungen verhängt werden, um abzuwehren, und die deshalb Schuldige und Unschuldige gleichmäßig treffen, und Übeln, die als Makel, als Brandmarkung des Unrechts verhängt werden. Selbst da, wo das Präventivübel den Grad

der Vergeltung erreicht, fehlt ihm als solchem das Charakteristikum der Vergeltung: das Unwerturteil. Läßt es der Staat an solchem Unwerturteil fehlen, so wird leicht die Neigung entstehen, eigenmächtig das Versäumte nachzuholen durch gesellschaftliche Reaktion, durch Ächtung oder schlimmeres — und dann taucht notwendig das Gespenst der übermäßigen Vergeltung auf.

Und last not least: der Erfolg der Präventivtätigkeit ist ein sehr bedingter. Er hängt davon ab, ob es gelingt, den Angriff abzuschlagen. Zugegeben, daß die zuvor geäußerten Bedenken deshalb keine große Durchschlagskraft besitzen, weil sich regulär mit der staatlichen Präventivtätigkeit aller Art auch ein indirekter Schutz des Autoritätsinteresses verbinden, und daß regulär die innerliche Wirkung auf die Respektsgefühle nicht ausbleiben wird: immer bleiben diese Erfolge davon abhängig, daß der Staat nicht in seiner Verbrechensbekämpfungstätigkeit eine Schlappe erleidet. Ja man kann sagen, daß jeder Fehlschlag der Prävention geradezu autoritätserschütternd wirkt. Und solche Fehlschläge sind für jeden noch so mächtigen Staat unvermeidlich. Nie wird es dahin kommen, daß bei noch so intensiver Aufmerksamkeit und Anspannung der Kräfte verbrecherische Angriffe aus der Welt geschafft werden.

Alles Prävenieren bleibt ein Probieren. Und wie der Erzieher, der einer Unterdrückung von Unarten der Zöglinge nachjagt, jedesmal verlacht wird, wenn ihm sein Bemühen nichts genützt hat, und dies um so mehr, je mehr er sich ins Zeug gelegt hatte, gerade so bei dem Staate; auch ihn kompromittieren die Bemühungen, die er aufgewendet hat, wenn

sich der befehdete Feind als mächtiger erweist. Es ist eben ein Kampf zwischen zwei Gegnern — und bei einem Kampfe stärkt jeder Fehlschlag des einen den Kampfesmut des anderen.

So ist die präventive Tätigkeit des Staates nicht nur ungenügend zur Aufrechthaltung seiner Autorität, sondern sie birgt wegen ihrer notwendig gegebenen Schwäche sogar besondere Gefahren für die Autorität in sich.

Ganz anders die Vergeltungstätigkeit. Sie ist als solche auf der einen Seite nicht imstande, die Interessen zu schützen, die der Täter angegriffen hat[1]). Dagegen hat sie stets den Wert, die Staatsautorität zu wahren, insofern sie einen Staatszwang betätigt, der im Dienste einer sittlichen Idee steht und deshalb Respektsgefühle auslöst. Auch sie findet natürlich ihre Grenze an dem menschlichen Können: nicht alle Verbrechen können tatsächlich gesühnt werden, da sich viele Verbrecher der Gerechtigkeit entziehen. Aber einmal wird es stets leichter sein, nach begangener Tat Klarheit zu erlangen und des Täters habhaft zu werden, als ungeborene Verbrechen im Voraus zu wittern. Und sodann hängt das Achtungsgefühl vor dem Staate hier viel weniger davon ab, ob die Vergeltungsbestrebungen Erfolg hatten, als vielmehr

---

[1]) Wenn sie zufällig auch derartige Wirkungen entfaltet, so hängt dies damit zusammen, daß die Verhängung von Vergeltungsübeln eine Androhung solcher Übel für ähnliche Fälle pro futuro enthält, vgl. oben S. 85. Aber ein direkter und unbedingt zulänglicher Schutz der betreffenden Einzelinteressen liegt in der Vergeltung nicht. Ob der betroffene Verbrecher selber infolge der Vergeltung ein Respektsgefühl gegen den Staat empfindet, steht dahin (vgl. oben S. 43f.); zudem ist auch das vorhandene Respektsgefühl nicht unbedingt eine wirksame Hemmungsvorstellung gegen Verführung.

davon, ob der Staat das Menschenmögliche getan hat, um die Vergeltung herbeizuführen und damit der sittlichen Idee gerecht zu werden. Bleibt heute ein Mordfall ungeklärt, so beruhigt sich die öffentliche Meinung, wofern nur alle Schritte von den Behörden getan werden, um Licht in die Angelegenheit zu bringen. Geschieht freilich ein neuer Mord und weisen Indizien auf den gleichen Täter hin, so wird die Volksmeinung den Staatsorganen wenig Schmeichelhaftes sagen, aber nicht sowohl weil der erste Mord ungesühnt geblieben ist, als vielmehr weil es nicht gelungen ist, den zweiten zu verhüten. Es offenbart sich hier der tief innerliche Unterschied zwischen Tätigkeiten, die rein praktische Ziele verfolgen, und solchen, die auf zugleich ethisch fundierte Ziele gerichtet sind[1]). Bei ersteren ist der Erfolg Alles, die bloße Bemühung nichts; bei letzteren tritt die Erreichung des Erfolges zurück und gilt der Respekt nur dem, „der immer strebend sich bemüht".

Man kann zusammenfassend sagen: die Vergeltungstätigkeit hat unbedingt den Effekt der Autoritätsbewährung, vielleicht auch zufällig nebenher den der Verhütung künftiger Delikte; die auf Prävention gerichteten Anstrengungen haben möglicherweise überhaupt keinen Erfolg; wenn sie aber einen haben, so ist es primär eben nur die Verbrechensbekämpfung pro futuro, und nur möglicherweise zufällig auch die Autoritätsbewährung.

Damit erhellt, daß der Vorwurf, der heute so oft gegen die auf der Vergeltungsidee aufgebauten Strafrechte erhoben wird: sie hätten sich ohnmächtig erwiesen, das Verbrechertum zu

---

[1]) Vgl. oben S. 78.

bekämpfen, — auf willkürlicher Messung des Wertes der Vergeltung an einem ihr völlig fremden Zwecke beruht. Erst proklamiert man, wie wenn das selbstverständlich wäre, daß die Vergeltungsstrafe den Zweck habe, die Verbrechen aus der Welt zu schaffen; und wenn man dann gezeigt hat, daß sie das nicht kann, so meint man, daß sie ganz wertlos sei. Auf diese Weise hat man natürlich leichtes Spiel. Aber mit solcher Dialektik kann man am Ende jedes menschliche Handeln für zweck- und wertlos erklären; man braucht ihm dann eben nur einen bestimmten Zweck anzudichten und dann emphatisch nachzuweisen, daß es zu diesem Zwecke untauglich ist. Demgegenüber wird der umsichtige Denker fragen, ob nicht der Wert des Dinges in anderer Hinsicht zu bejahen ist. Und das ist bei der Vergeltung unzweifelhaft der Fall. Kann sie zur Verbrechensverhütung nur ein bescheiden Teil, und dieses indirekt beitragen, so hilft sie eben doch in imponierender Weise dazu, dem Staate und der Rechtsordnung die Existenz zu sichern; und in diesem Sinne ist sie dem Staate so unentbehrlich, wie dem Menschen die Luft unentbehrlich ist, obwohl sie ihn nicht vor Krankheiten zu schützen tauglich ist.

Wenn die Relativisten nicht müde werden zu wiederholen, daß das Vergeltungsrecht „abgewirtschaftet“ habe, weil es sich als untauglich zur Verbrechensbekämpfung erwiesen habe, so gleichen sie dem Manne, der sich über die Gabel beklagt und sie wegwerfen will, weil er mit ihr nicht schneiden kann. Der praktische Mensch wird sich wohl lediglich ein Messer anschaffen, ohne sich der Gabel zu entäußern!

Damit ist verständlich geworden, daß es Vergeltungsfälle geben kann, in denen Prävention nicht am Platze ist, —

z. B. die Verbrechensfälle, bei denen der Täter fortan schlechthin ungefährlich ist —; und umgekehrt Präventionsfälle, in denen von Vergeltung keine Rede sein kann — bloßer Selbstverrat vor begangener Tat, Taten Geisteskranker, absolut untauglicher Versuch usw. —. Schon damit ist der Auseinanderfall von Vergeltungsrecht und Präventionsrecht evident geworden; keines kann und darf dem anderen präjudizieren. Und man darf von keinem von ihnen etwas verlangen, was es nicht oder doch nur möglicherweise nebenher leisten kann!

Erst an der Stelle berühren sie sich dann wieder, wo das letzte Wort gesprochen werden soll, ob Vergeltung und ob Prävention stattzufinden habe. Wenn die Vergeltung dem Autoritätsinteresse dient, so ist doch, wie oben ausgeführt, jeweils ein Verzicht auf Vergeltung geboten, wo überwiegende Gegeninteressen vorliegen; und solche Gegeninteressen können natürlich auch Präventionsinteressen sein. Umgekehrt hängt die Prävention davon ab, daß nicht das durch sie zu schützende Interesse durch irgend welche Gegeninteressen überwogen wird; und ein solches Gegeninteresse kann natürlich auch das staatliche Autoritätsinteresse sein. So bedingen sich am letzten Ende Vergeltung und Prävention gegenseitig[1]).

Aber dies Bedingungsverhältnis ist doch nur ein rein negatives. Niemals ist die Vergeltung dadurch bedingt, daß zugleich auch Präventionsinteressen in Frage stehen, niemals die Prävention dadurch, daß zugleich das Autoritätsinteresse in Frage steht. So sehr die Vergeltung unterbleiben muß, wo durch sie der Verbrecher noch gefährlicher werden würde, so sehr die

---

[1]) Beispiele vgl. oben S. 47 ff.

Prävention unterbleiben muß, wo — z. B. wegen ihres sicheren Mißerfolges — die Staatsautorität Schaden leiden würde, so ist doch bei Mangel von Gegeninteressen der Vergeltung wie der Prävention freie Bahn zu lassen. Vergeltung auch gegen den ungefährlichen Verbrecher; Prävention auch gegen den Gefährlichen, der kein Verbrechen begangen hat. Keine der Staatstätigkeiten ist neben der anderen entbehrlich. Daher vor Allem vergeltende Reaktion auch gegen nicht mehr gefährliche Verbrecher; präventives Vorgehen auch gegen Geisteskranke usw.

2. Die Vergeltungsvoraussetzungen und die Präventionsvoraussetzungen verhalten sich demnach wie zwei sich schneidende Kreise mit einem gemeinsamen Mittelgebiet. Vergeltungsrecht und Präventionsrecht stehen sozusagen in Idealkonkurrenz miteinander. Es ist der gefährliche Verbrecher, gegen den doppelte Rechtsfolgen einzutreten haben; die Vergeltungsfolge um seines Verbrechens willen, die Präventivfolge um seiner Gefährlichkeit willen.

Da nun weder das Vergeltungs- noch das Präventionsrechts von vornherein auf individuell genau fixierte Mittel zur Erreichung ihrer Zwecke hinauskommen, sondern hier wie dort für die Wahl der Mittel durch den Gesetzgeber eine gewisse Latitüde besteht, so drängt sich ohne Weiteres der Gedanke auf, der Gesetzgeber möge auf dem hier in Rede stehenden Mittelgebiet die Mittel des Vorgehens gegen das Individuum derart auswählen, daß ein tatsächlich einziges Mittel stets beide Rechtsfolgen verwirklicht, daß also zwei Fliegen mit einer Klappe geschlagen werden. Sehen wir zu, wie weit sich diese berechtigte Forderung verwirklichen läßt.

a) Die Vergeltungsfolge besteht stets in einem Übel und zwar einem — soweit nicht Subtraktionen geboten sind[1]) — der Schuld proportionalen Übel, also einem nach unten und nach oben hin nicht beliebig verschiebbaren Übel. Es kann nun sein, daß eben dieses Vergeltungsübel, geschickt ausgewählt, auch als ausreichende Vorbeugung erscheint. Dann hat zu gelten, daß vindicta absorbet praeventionem. Vielleicht daß in derartigen Fällen die Prävention schon zu erzielen wäre durch ein gelinderes Übel oder durch Maßregeln ohne Übelscharakter; aber das sonst das Präventionsrecht beherrschende Prinzip der Wahl des gelindesten Mittels muß hier natürlich zurücktreten, wo ja sowieso das einschneidendere Übel qua Vergeltungsübel verhängt wird. Es ergeben sich keine Anstände dagegen, daß dieses zugleich an den Wagen der prophylaktischen Tätigkeit gespannt wird.

b) Aber es kann ebenso gut sein, daß das Vergeltungsübel nach Art oder Maß nicht genügt, um nachdrücklich vorzubeugen. Das wird z. B. stets der Fall sein, wo der Täter zu den Personen gehört, deren Schuld wegen des geringen Maßes von Widerstandskraft, die sie besitzen, leicht wiegt: bei Jugendlichen, geistig Minderwertigen usw. Je geringer die Widerstandskraft, so geringer die Schuld, aber um so größer die Gefährlichkeit. Oder es handelt sich um Delikte, die je als einzelne genommen keinen argen Vorwurf verdienen, aber wegen ihrer Häufigkeit und der durch ihr Massenauftreten fühlbaren Lästigkeit besonders scharfe Bekämpfung pro futuro herausfordern.

---

[1]) Oben S. 68f.

In derartigen Fällen wäre der Mißgriff des Gesetzgebers gleich groß, wenn er es bei dem Vergeltungsübel bewenden lassen, den Verbrecher nach verbüßter Strafe „wieder auf die Menschheit loslassen“ und damit seiner Hüterrolle untreu werden wollte, wie wenn er das durch die Präventivzwecke geforderte Übel in voller Höhe als Vergeltungsübel behandeln wollte. Von einem „Absorptionsprinzip“ kann hier keine Rede sein. Der gewiesene Weg ist vielmehr der: das Vergeltungsübel zu verhängen und das plus, das im Präventionsinteresse gefordert ist, als Nichtvergeltungsübel hinzuzufügen.

Es ist eingewendet worden: ob man die Übelssumme so oder so nenne, sie als ein einheitliches Ganze ansehe oder ihre Bestandteile scharf scheide, das sei eine belanglose Etikettierungsfrage — tantum nominis sonus[1]).

Aber zu Unrecht. Es ist sicher, daß durch das gesunde Volksempfinden die Titulierung exorbitanter Präventivübel als „Vergeltung“ da, wo die Schuld minimal ist — also etwa 10jährige Einsperrung eines geistig derart Minderwertigen, daß er nicht viel höher als der Geisteskranke steht — energisch zurückgewiesen werden würde, und daß durch die exzessive „Vergeltung“ gerade der Autorität der Rechtsordnung als Gerechtigkeitsordnung der denkbar schlechteste Dienst erwiesen werden würde. Hier klafft der tiefe Riß zwischen Vergeltung und Prävention unfehlbar auf. Diese wurzelt, wie gezeigt, ausschließlich in der dira necessitas, in einer Art raison de guerre. Darum erscheint der, den sie zu leiden zwingt, als ein Opferlamm[2]),

---

[1]) Ötker, Ztschr. f. Str.R.W. 17 588.

[2]) Oben S. 78.

und deshalb wird und darf sich ihm die vollste Sympathie zuwenden, auch die Sympathie derer, die von der Notwendigkeit der Leidzufügung durchdrungen sind; es verhält sich damit so, wie mit dem Zwang, den man gegen ein jammerndes Kind übt, um es zum Einnehmen einer Medizin zu nötigen. Wo dagegen die Vergeltung waltet, da gibt die necessitas für den Staat nur die Legitimation für diesen ab, weshalb er vorgeht; das Vergeltungsübel selber wird von der ethischen Volksauffassung derart getragen, daß ein noch so großes etwa vorhandenes Mitleid mit der Persönlichkeit des Verbrechers als solchen stets herabgestimmt wird durch das Werturteil, daß er es nicht anders verdient habe.

Hier kommt der Grundgedanke der ästhetisch gerichteten Vergeltungstheoretiker: Herbarts, v. Bars usw. zu seinem Recht. Gewiß nicht so, daß das dem Verbrechen gegenüber auftauchende Verlangen nach einer „Mißbilligung“ der Tat genügen könnte, das staatliche Vergeltungsrecht zu motivieren — denn es wäre weder abzusehen, weshalb nicht das allgemeine Werturteil des Volkes ausreichen sollte; ebensowenig, weshalb, wenn anders man überhaupt ein autoritatives Werturteil verlangt, dieses mit realer Übelszufügung verbunden sein müßte —. Aber sicher ist, daß, wenn der Staat gerechte Vergeltung übt, er damit ein Werturteil fällt, das im Kreise der Rechtsgenossen Widerhall findet, und daß derartige Imponderabilien ernster Beachtung wert sind.

Wichtiger noch ist, daß die beiden Bestandteile der Übelssumme praktisch durchaus verschiedener Behandlung unterliegen müssen, insofern das Vergeltungsübel feststeht, das plus dagegen jederzeit beweglich ist und der jeweiligen Gefährlich-

keit anzupassen ist, also immer erst am Schlusse der Präventivtätigkeit seine Grenze findet. Dazu gesellt sich noch die innerlich durchaus verschiedene Behandlung der beiden Bestandteile. Von dem Übel, das nur der Prävention dient, wird man auch da, wo es nicht umgangen werden kann, in edler Humanität nach Kräften alle Leidempfindungen für den Betroffenen fernzuhalten suchen — z. B. bei Freiheitsentziehung behufs Unschädlichmachung tunlichste Linderung nach allen Richtungen —; dagegen muß notwendig dem Vergeltungsübel Ernst und Strenge gewahrt bleiben, will anders man sich nicht dem Vorwurf schwächlicher verworrener Sentimentalität und unechter Humanität aussetzen. Darüber ist nicht hinwegzukommen.

Und damit ist zugleich aufgedeckt, daß selbst in den Fällen zu a) die Verbindung der Rechtsfolgen nicht zu einer wahren Verschmelzung führen kann. Ob nämlich das Vergeltungsübel wirklich ein ausreichendes Präventivübel darstellt, das kann man ja gar nicht im Voraus wissen. Auch wo man dies zunächst bejahen zu sollen glaubt, kann die Bejahung nur unter Vorbehalt erfolgen. Ist das Vergeltungsübel an seinem Endpunkt angelangt, dann läßt sich ermessen, ob es weiterer Vorbeugungsmaßregeln noch oder nicht mehr bedarf. So gehen die scheinbar scharf zu scheidenden Gruppen a und b ineinander über.

Und so ist denn das Verhältnis der Prävention zur Vergeltung da, wo die gemeinsamen Voraussetzungen für beiderlei Staatstätigkeiten vorliegen, lediglich das der S u b s i d i a r i t ä t: die Vergeltung erscheint gleichzeitig als Versuch der Prävention, derart, daß die Frage, ob sonst noch vorbeugende Schritte zu tun sind, bis zum Ende der Vergeltung vertagt werden kann.

IV. Das Strafrecht.

§ 10.

I. Mit den bisherigen Erörterungen ist dreierlei erwiesen. Erstens, daß Vergeltungsrecht und Präventionsrecht ihre volle teleologische Berechtigung haben, das eine zur Bewährung der Staatsautorität, das andere zur Verbrechensbekämpfung.

Zweitens, daß jedes ein Feld der Betätigung derart für sich hat, daß auf ihm eben nur Vergeltung bzw. nur Prävention in Frage kommt, und hier weder die Vergeltung stellvertretend für Prävention, noch diese stellvertretend für jene einspringen kann.

Drittens, daß ein Feld gemeinsamen Wirkens vorhanden ist, und hier eine Verbindung zum Teil, aber auch nur zum Teil, je nach Lage des konkreten Falles denkbar ist.

Wären nun nicht „Strafe" und „Strafrecht" hergebrachte termini technici, so wäre unsere Aufgabe hier beendigt. Der Gesetzgeber hätte eben zwei Rechtsteile vor sich, deren jeder seiner Zweckbestimmung gemäß die notwendigen Anordnungen bieten müßte, und deren gegenseitiges Verhältnis sich nach den oben in § 9 dargelegten Sätzen zu richten hätte. Der Ausdruck „Strafe" wäre ohne weiteres als Rechtsbegriff zu entbehren.

Da aber der Streit um Vergeltung oder Verhütung sich zum Strafrechtsstreit ausgewachsen hat — Punitur quia peccatum est oder ne peccetur —, und es sich eben auch heute um die Reform des „Strafrechts" handelt, so will hier noch

die Frage beantwortet sein, inwieweit das „Strafrecht“ die beiden Rechtsteile zu umfassen hat. Abstrakt denkbar wäre einmal, daß beide Rechtsteile in vollem Umfange zusammen das Strafrecht ausmachten. Sodann, daß nur entweder das Vergeltungsrecht oder das Präventivrecht „Strafrecht“ getauft würde. Endlich noch, daß lediglich das beiden Rechtsteilen gemeinsame Stück das Strafrecht bildete.

In Wahrheit aber stellt diese abstrakte Vielheit der Möglichkeiten kein Dilemma dar. Denn was man unter „Strafe“ und „Strafrecht“ versteht, findet sich im Vergeltungsrecht in voller Exaktheit wieder. Die Vergeltung in malam partem ist geradezu synonym mit dem Begriff der Strafe[1]). Niemals ist bezweifelt worden, daß der Begriff des „Lohns“ synonym ist mit der Vergeltung in bonam partem. Niemals, daß Lohn und Strafe zusammengehörige Bruder- und Schwesterbegriffe sind: wie man „für eine Tat“ nach Maßgabe des Verdiensts belohnt wird, so wird man „für eine Tat“ nach Maßgabe der Schuld gestraft.

Damit korrespondiert die unleugbare Tatsache, daß die kulturell entwickelten Strafrechte, nicht zum wenigsten die der Gegenwart, durchaus alle die Züge an sich tragen, die oben (§ 5) als die wesentlichen Charakteristika des Vergeltungsrechts aufgezeigt worden sind. Man mache die Probe, indem man oben in § 5 überall an Stelle des Wortes „Vergeltung“ das Wort „Strafe“ setzt!

Ganz irreführend ist der Hinweis der Relativisten darauf, daß doch „der Täter“ gestraft werde, während die Vergeltung

---

[1]) Dies betont neuesterdings zutreffend Frank, Vergeltungsstrafe und Schutzstrafe (1908) 7.

„der Tat" gelte. Denn selbstverständlich kann man die Tat nur am Täter vergelten — gerade das gehört ja mit zu den charakteristischen Eigentümlichkeiten des Vergeltungsrechts; ihm gilt die Vergeltung und damit die Strafe gerade so, wie die „Belohnung einer guten Tat" nichts anderes ist, als die Belohnung des Täters für diese Tat.

Auf der anderen Seite fehlen dem Präventivrecht alle die Eigenschaften, die es haben müßte, um eine zwanglose Verwendung des Ausdrucks „Strafe" zu ermöglichen. Nie wird es dem Volke seinem sprachlichen Empfinden nach eingehen, daß jemand „gestraft" werden könne, ohne schon ein Verbrechen begangen zu haben. Es muß notwendig etwas da sein, „wofür" man gestraft wird, und zwar so, daß das, wofür man gestraft wird, als konkretes Ereignis in der Vergangenheit liegt; eine praenumerando-Strafe, eine Strafe als Ablaß für künftige Übeltat usw. kennt der Sprachgebrauch nicht. Würde „gestraft" ne peccetur, so würde die Antwort auf die vom Sprachgefühl geforderte Frage, „wofür" denn gestraft werde, nur mit verlegenem Stillschweigen beantwortet werden können; denn dafür, daß man „gefährlich" ist, daß von Einem Übles erwartet wird, kann man ebensowenig bestraft werden, wie dafür, daß man dumm oder häßlich ist. Wenn man die Strafe für begangene Untat zugleich in den Dienst der Vorbeugung stellt — was ja in gewissem Umfang möglich ist —, so ist sie nicht um dieser Tendenz halber „Strafe". Gewiß, manch Einer denkt sich heute unter „Strafe" eine Besserungsmaßregel oder eine Abschreckungsmaßregel; aber besinnt er sich auf sich selbst, so wird er zugeben, daß ihm diese Maßregeln nicht um ihres besserenden oder abschreckenden Charakters willen Strafe heißen, sondern daß er mit dem Worte „Strafe"

unwillkürlich den Gedanken an Schuld und Sühne verbindet, und ihm nur das weitergehende Ziel vorschwebt, durch sie zu bessern oder abzuschrecken. Das tritt besonders klar zu Tage bei Besserungsmaßregeln, die keine Übel darstellen: sie nennt kein Mensch „Strafe“!

Demnach ist es auch eine handgreifliche Selbsttäuschung der Relativisten, wenn sie mit der Vernünftigkeit präventiver Staatstätigkeit erwiesen zu haben glauben, daß sie damit beim Strafrecht angelangt seien. Wäre es selbst wahr, daß das Vergeltungsrecht nicht aufrecht erhalten werden dürfte, so könnte nicht ohne Vergewaltigung des Sprachgebrauchs und damit heillose Verwirrung plötzlich die Erfüllung der Präventionsaufgabe des Staates als „Straf“tätigkeit bezeichnet werden.

Die Sonderetikettierung des Verbrechensverhütungsrechts als „Strafrechts“ würde zudem eine gewaltsame Lossprengung eines Rechtsteils von dem Verwaltungsrecht bedeuten. Bezieht man zunächst Verbrechensverhütungsrecht auf das dem Vergeltungs- und dem Präventionsrecht gemeinsame Betätigungsfeld, also auf die nach einem wirklichen „Verbrechen“ im vergeltungsrechlichen Sinne einsetzende prophylaktische Tätigkeit, so erhellt sofort, daß dieses Verbrechensverhütungsrecht sich von dem Recht der Verhütung künftiger Angriffe ohne vorheriges Verbrechen lediglich dadurch abhebt, daß es dem Vergeltungsrecht subsidiär ist. Dies ergibt aber natürlich keinen Grund, es besonders zu taufen. Und jeder Grund, eine Scheidung vorzunehmen, fällt vollends für denjenigen hinweg, der, wie die radikalen Relativisten, überhaupt kein Vergeltungsrecht anerkennen will. Daß eine begangene Tat die Erkennung des präsumtiven Schädlings und die Wahl der

richtigen Bekämpfungsmittel möglicherweise erleichtert, bedingt nur einen faktischen Unterschied der konkreten Fälle bei vollständiger Gleichheit der Rechtsbestimmungen.

Aber auch wenn man das Verbrechensverhütungsrecht in vollem Umfang ins Auge faßt, läßt sich kein Grund erkennen, der eine besondere technische Bezeichnung notwendig machte. Dies gewiß ganz und gar nicht, wenn man die abzuwehrenden „Verbrechen“ als solche im Sinne des Vergeltungsrechts faßte, was ja sehr wunderlich wäre[1]): denn die Abwehr nicht verbrecherischer Angriffe unterliegt ja ganz den gleichen Regeln. Bliebe noch die Möglichkeit, das Recht der Abwehr menschlicher Angriffe auf geschützte Interessen als „Strafrecht“ gegenüberzustellen dem Recht der Abwehr sonstiger Störungen (also solcher von Seiten der Elementargewalten, der Tiere). Sofort aber wird klar, daß dann das sogen. „Strafrecht“ schlechthin identisch wäre mit dem Recht der „Sicherheitspolizei“, dem öffentlichrechtlichen Recht einer Notwehr im weiteren Sinne, das mit dem der „Unfallpolizei“ zusammen eben den Begriff der Polizei ausmacht.

Und damit ist dem Präventionsrecht die ihm gebührende Stelle angewiesen. Es ist ein Zweig des Polizeirechts, nicht mehr und nicht weniger.

Will man also, was dringend erwünscht ist, die staatliche Macht gegenüber dem Verbrechertum durch die Gesetzgebung stärken und näher umreißen, so kann dies nur auf dem Boden des Verwaltungsrechts geschehen. Zugegeben selbst, daß man die sich gegen die Person des präsumtiven Schädlings rich-

---

1) Oben S. 108 ff.

tenden Vorbeugungsmaßregeln einer Sonderregelung unterwerfen kann, so darf doch dieser Rechtsteil um so weniger vom Verwaltungsrecht abgerissen oder gar verstrafrechtlicht werden, als die Bekämpfung der gefährlichen Persönlichkeiten immer der Ergänzung durch die allgemeine sozial-politische — gegen das Milieu und den Nährboden des Verbrechertums gerichtete — Tätigkeit bedarf, durch diese mitbedingt und reguliert wird.

II. Bei solcher Sachlage kann für den Gesetzgeber die Frage nur die sein, ob er neben dem selbstverständlich so nachdrücklich wie möglich zu gestaltenden Präventionsrecht das Strafrecht, i. e. Vergeltungsrecht, beibehalten oder ob er es aufgeben will. Behält er es bei, so taucht die Frage nach etwa erforderlichen Reformen auf. Hier ist nun zunächst festzustellen, daß manche Einzelbestimmungen des heutigen Strafrechts einer Reform zugänglich und in weitem Umfang bedürftig sind, weil sie keineswegs überall mit der Vergeltungsidee oder dem Strafrechtszweck harmonieren[1]).

Insonderheit ist aber die Inverbindungsetzung des Vergeltungsrechts mit dem Präventionsrecht, die Gewinnung eines höheren, die Staatsaufgaben in ihrer Gesamtheit berücksichtigenden Standpunkts bis zu einem gewissen Grade anzustreben. Wie alle Rechtsteile unter einander, so sollen auch Vergeltungsrecht und Vorbeugungsrecht Fühlung unter einander haben.

1. Möglich und erwünscht ist zunächst, daß die Vergeltungs-, d. i. Strafmittel ihrer Art nach so ausgesucht werden, daß sie

---

[1]) Es ist z. B. ein Fehlgang, wenn man die staatliche Autorität je nachdem engagiert oder nicht engagiert findet, ob die Tat im Inlande oder im Auslande begangen war. Das Territorialitätsprinzip ist vielmehr durch das Realprinzip zu ersetzen.

in der durch die Proportionalität mit der Schuld gebotenen Höhe zugleich präventive Zwecke erfüllen können (daher die besondere Eignung der Freiheitsentziehung als Strafmittel).

Werden die Strafmittel in dieser Weise zugleich dem Zweck der Prophylaxe angepaßt, so gewinnen sie dadurch Doppelcharakter, ohne plötzlich etwa einem „mehrfachen Strafzweck" zu dienen. Ihre Funktionen als Besserungs-, Abschreckungsmittel usw. sind damit nicht — auch nicht, wie Lammasch sie bezeichnet „variable" — „Strafzwecke" geworden. Die einzelne Maßregel in ihrer konkreten Erscheinung, z. B. die Einsperrung, verfolgt alsdann Strafzweck und Präventivzwecke; erfaßt man sie aber begrifflich als „Strafe", so kommen ihre Präventivfunktionen nur als unwesentliche und zufällige Zugabe in Betracht. Stellt man einen Raum in einem Bahnhofsgebäude als Wartesaal mit Restaurationsbetrieb her, so kann man wohl sagen, der Raum habe sowohl einen Eisenbahnverkehrszweck wie auch den Verköstigungszweck, aber niemals behaupten, „Wartesäle" hätten den Zweck, Speisewirtschaften zu sein.

2. Direkt notwendig ist, um der Rechtsordnung ihre Einheit im Sinne eines allseitig ausgleichenden Interessenschutzes zu wahren, daß sich das Strafrecht alle Abstriche gefallen läßt, die im Interesse der Prävention geboten sind, so weit das präventiv zu schützende Interesse dem Interesse an Autoritätswahrung überlegen ist. Daher Weglassung aller noch so sehr zur Vergeltung tauglichen Strafmittel, die schlimmeren Schaden anrichten würden, als sie der Staatsautorität nutzen; daher Aufnahme totaler und partieller Strafausschließung und Strafaufhebung da, wo aus derartigen Gründen die Vergeltung inop-

portun ist. So ist es z. B. mindestens diskutabel, ob nicht auf die langen Freiheitsstrafen, die den Häftling ausmergeln und als gebrochenen Menschen, der nicht mehr auf eigenen Füßen stehen kann, dem Leben zurückgeben, Verzicht zu leisten wäre, und statt dessen etwa die Deportation als ein Strafmittel von zugleich präventivem Werte einzuführen wäre. Ebenso diskutabel, ob nicht gegebenenfalls dem Jugendlichen gegenüber auf Strafe verzichtet, und lediglich zur Zwangserziehung gegriffen werden soll.

3. Notwendig ist in entsprechender Weise, daß unter Umständen die vorbeugende Tätigkeit zu unterbleiben hat, wo sie dem Interesse der Staatsautorität schwereren Abbruch tun würde, als daß sie den zu schützenden Interessen nützte.

4. Möglich wäre schließlich, daß die Verbrechensverhütungstätigkeit den Polizeibehörden genommen und dem Richter übertragen, oder daß gegen ihre polizeiliche Handhabung richterliche Nachprüfung ermöglicht würde. Vielleicht geht man nicht fehl, wenn man die Bestrebungen, das Präventionsrecht in das Strafrecht hineinzupressen, auf die Empfindung zurückführt, daß der Schutz des Individuums brachliege, wenn man das Präventionsrecht lediglich als Teil des Verwaltungsrechts fasse. Auch tritt bei manchen Befürwortern einer Verbindung von Prävention und Repression als das leitende Motiv der Gedanke hervor, daß beide Staatstätigkeiten innerlich eng zusammenhingen und deshalb nicht in verschiedene Hände gelegt werden dürften[1]). Aber man kann das Präventionsrecht gewiß materiell als das auffassen, was es ist, und dennoch

---

[1]) So z. B. bei Stooß, Kampf gegen das Verbrechen, 19.

richterlichen Schutz gewähren — verwaltungsrichterlichen oder justiziellen — oder noch weitergehend den Strafrichter zugleich zum Präventionsorgan machen, ja sogar vorschreiben, daß der Strafrichter bei Anlaß eines Strafprozesses stets auch das Vorbeugungsproblem aufrollen und beantworten müsse. Davon könnten ja nur doktrinäre Bedenken abhalten.

Jedenfalls sind alles das aber keine Kompromisse. Das Strafrecht bliebe dabei in seinem Wesen unangetastet. In seine positiven die Strafe nach Voraussetzungen usw. festsetzenden Bestimmungen mischte sich kein Hauch von Präventionserwägungen ein, und umgekehrt wäre die Prophylaxe gegenüber dem Verbrechertum nicht durch unnatürliche Rücksichten auf das Strafrecht gefesselt[1]).

Wenn unsere Gegner jene auf Präventionsgesichtspunkten beruhenden Anforderungen an die Strafgesetzgebung „Kompromisse" nennen wollen, so soll ihnen das unverwehrt sein. Rätlich wäre das aber in ihrem eignen Interesse kaum. Wer bei seinem Gegner eine Neigung zu Zugeständnissen wittert, wo keine besteht, wird sich leicht in der Hoffnung wiegen, daß weitere Zugeständnisse folgen werden, und dann herbe Enttäuschung erleiden!

Zu einem wirklichen „Kompromiß" zwischen den streitenden Richtungen fehlen nicht weniger als alle Bedingungen.

Ein echtes „Überbrücken der Gegensätze" wäre doch nur in dreifacher Weise denkbar.

---

[1]) Ähnlich, wie es im Vorstehenden geschehen ist, postuliert Frank Vergeltungsstrafe und Schutzstrafe (1908), die Festhaltung des Strafrechts als Vergeltungsrechts unter tunlichster Mitberücksichtigung präventiver Gesichtspunkte hinsichtlich des „Ob" und „Wie" der Vergeltung.

1. Entweder das Strafrecht würde als Vergeltungsrecht an sich beibehalten, aber es würde dem Präventionsgedanken zuliebe ganz oder bei einem Teil seiner Bestimmungen auf die Vergeltungsvoraussetzungen oder auf das Vergeltungsmaß oder auf beides verzichtet und an deren Stelle Gefährlichkeit des Individuums bzw. das zur Prävention erforderliche Vorbeugungsmittel substituiert. Es würde also z. B. bestimmt, daß auch der Geisteskranke gestraft werden könne, oder daß der geistig Minderwertige oder der Bettler in einer den Grad ihrer individuellen Verschuldung übersteigenden Höhe gestraft werden könnten; oder es würde bestimmt, daß die „Zustandsverbrecher" nach Präventionsrecht „gestraft" würden, sodaß das Vergeltungsrecht auf die „Augenblicksverbrecher" beschränkt wäre (so das von v. Liszt vorgeschlagene Kompromiß).

2. Oder aber das Strafrecht würde als „Verbrechensverhütungsrecht" ausgeprägt, aber dem Vergeltungsrecht zuliebe ganz oder in einzelnen seiner Bestimmungen derart begrenzt, daß zur Prävention vergeltungsrechtliche Voraussetzungen verlangt oder nur das vergeltungsrechtliche Maß an Übeln erlaubt oder beides kumuliert würde.

3. Oder endlich das Gesetz stellte nur gewisse Maßregeln — Freiheitsentziehung, Unbrauchbarmachung unzüchtiger Schriften usw. — als statthaft hin und schwiege sich über Voraussetzungen und Maß gänzlich aus.

Derartiges grundsatzloses Vorgehen würde die schwersten Übelstände im Gefolge haben. Im ersten Falle würde in überaus anstößlicher Weise die Vergeltungsidee verletzt und das Volksempfinden verwirrt, und das ohne Not[1]). Gegen Be-

[1]) Oben S. 124.

strafung Geisteskranker z. B. ist ebenso lebhaft zu protestieren, wie gegen die Ersetzung der kurzen Freiheitsstrafen durch längere, die das gerechte Maß übersteigen. Und auf der anderen Seite erlitte die vorbeugende Tätigkeit des Staates eine empfindliche Einbuße. Denn werden dem Strafrecht prophylaktische Aufgaben zugeschrieben, so entsteht notwendig der Zweifel, was denn dann eigentlich noch hinsichtlich der Verbrechensbekämpfung außerhalb des Strafrechts zulässig bleibe. In je größerem Umfang die „Strafe“ als „das“ Verbrechensbekämpfungsmittel angesehen wird, umsomehr muß sich die irrige Auffassung einnisten, als seien die sonstigen prophylaktischen Maßregeln, sofern „Verbrechen“ in Frage kämen, ausgeschlossen und in dieser Hinsicht ausschließlich das StGB. maßgebend.

Man kann das schon heute an den in das StGB. eingestellten Maßregeln der Polizeiaufsicht und der Einziehung und Unbrauchbarmachung erkennen. Es sollte doch selbstverständlich sein, daß eine (nicht täppisch und schädlich ausgeübte!) Polizeiaufsicht sowie z. B. eine Unbrauchbarmachung unzüchtiger Schriften zulässig sein muß auch gegenüber einem geisteskranken Täter! Aber sie sind im StGB. angeordnet — also unstatthaft, wo kein wirkliches Verbrechen vorliegt[1]?

Würde das Strafrecht mit präventivrechtlichem Einschlag versehen, so würde auch im Volke die Meinung groß werden, als sei alles Heil vom Strafrecht zu erwarten. Die unausbleibliche Folge wäre eine wahre Hochflut von unnötigen Strafgesetzen. Alle möglichen Verfehlungen würden, statt lediglich

[1]) Man denke an die Kontroversen zu §§ 40, 41 StGB.!

zum Gegenstand der Aufmerksamkeit zwecks Vorbeugung gemacht zu werden, pönalisiert werden. Schon heute haben wir eine Masse von Strafgesetzen, die sich wie ein Alpdruck auf das Volk legen, die nicht im Geringsten durch die Rücksicht auf die Rechtsbewährung geboten, sondern einzig der Auffassung entsprungen sind, als müsse man gewisse Verfehlungen inhibieren und könne das eben nur durch das Strafrecht. Dieser ungesunde Zustand würde chronisch werden, wenn man geradezu planmäßig die echte rechte Vorbeugungstätigkeit in ihrer Besonderheit verkennen und das unglückliche Strafrecht mit Aufgaben belasten wollte, denen es weder genügen soll noch genügen kann.

Noch viel ärger ist die Schwächung der Stoßkraft des Staates gegen „das Verbrechertum", wenn sich das Präventivrecht selber als „Strafrecht" ausgibt und sich an Voraussetzungen und Maß der Vergeltung kettet. Dann wird geradezu systematisch der Gedanke großgezogen, als sei die vorbeugende Tätigkeit überall da unrechtmäßig, wo nicht ein „Strafgesetz" eine „Tat" treffe, und das Strafgesetz wird zur „Magna Charta des Verbrechers", d. h. gerade der Verbrecher kann auf das Strafrecht trotzen, und die gegen das Verbrechen Hilfe suchenden Interessen ziehen den kürzeren. Dann muß der Staat den ärgsten Schädling ruhig gewähren lassen, wenn er bislang „individuelle Verschuldung" noch nicht auf sich geladen hat. Schon für das heutige Recht zieht ja v. Liszt aus dem Vorhandensein des Strafrechts den Schluß, daß keineswegs die „soziale Gefahr" genüge, um einzuschreiten, sondern erst die schuldhafte Tat abgewartet werden müsse. Dieser Schluß wird, wenn künftig das Strafrecht „das" Ver-

brechensbekämpfungsrecht sein will, zur Unvermeidlichkeit. Und nimmt es dann auch nur das kleinste Element des Vergeltungsrechts in sich auf, dann können die „ehrlichen Leute" sehen, wie sie selbst ihre durch Angriffe bedrohten Interessen schützen, da der Staat seine Schutztätigkeit gebunden hat. Gerade vom Standpunkte des Präventionsrechts aus ist jede Herübernahme strafrechtlicher Gesichtspunkte bestimmt abzulehnen. Weshalb haben denn die Bestrebungen auf Sicherung der Gesellschaft gegen geistig Minderwertige, gegen die verwahrloste Jugend usw. anfänglich soviel Widerstand gefunden? Doch gewiß nicht, weil man die Notwendigkeit planmäßigen Zugreifens verneinte, sondern weil die Bekämpfungsmaßregeln von Seiten der Relativisten mit dem Strafrecht verquickt wurden, und sich das gesunde Empfinden gegen die in Anbetracht der Schuld zu harte oder ganz unberechtigte Strafe auflehnte.

Und wie kommt es, daß jetzt auf der ganzen Linie die Präventivschutzbewegung gesiegt hat, seit der „Ausgleich" dahin formuliert ist: Strafe in diesen Fällen wie immer nur nach Maßgabe der Schuld, daneben aber Sicherungsmaßregeln ohne Strafcharakter?

Die bewegliche Klage der Anhänger der „modernen" Richtung im Strafrecht: das Vergeltungsstrafrecht sei eine Gefährdung der Gesellschaft, weil nach verbüßter Strafe der noch so gefährliche Verbrecher wieder ein freier Mann sei, hat insofern ihre volle Berechtigung, als sie sich gegen die Einengung der Präventivtätigkeit durch Vergeltungsgesichtspunkte wendet. Ihr handgreiflicher Fehler liegt nur in dem Wahn, als gebe es zwischen straffer Prävention und Vergeltung nur die Wahl, als sei mit dem Nachweis der Notwendigkeit von Maßregeln

gegen künftige Interessengefährdungen entschieden, daß das Vergeltungsrecht wegfallen und das Strafrecht als Präventivrecht ausgeprägt werden müsse.

Endlich die dritte Möglichkeit: der Gesetzgeber weicht einer prinzipiellen Stellungnahme aus und vermeidet, es sei in vollem Umfange des Strafrechts, es sei in einzelnen seiner Bestimmungen, Farbe zu bekennen. Dann sehen weder der Strafrichter noch die Verwaltungsorgane ihre Aufgabe klar vor Augen und Streitfragen ohne Zahl müssen wie Pilze aus der Erde hervorschießen. Der Strafrichter weiß nicht, ob er die „Strafe" nur bei Vorliegen eines „Verbrechens" auszusprechen hat oder etwa auch die von einem Wahnsinnigen herrührende unzüchtige Schrift einzuziehen hat; er weiß nicht, ob er von der Strafe abzusehen hat, wo und insoweit mildere Mittel genügen; er weiß nicht, ob er die Strafe zu der individuellen Verschuldung in Proportion zu setzen hat usw. So kann er seinen Ausspruch überhaupt nicht begründen.

Wer wollte ferner verhüten, daß ein Richter in der Annahme, daß dem Strafgesetzbuch Vergeltung, Besserung, Abschreckung, Sicherung promiscue vorgeschwebt hätten, entweder sich zur Strafverhängung nur für befugt erachtet, wenn die Voraussetzungen zum Vorgehen nach allen diesen Richtungen hin kumulativ vorliegen? Oder daß er meint, er könne frei wählen und in einem Falle nach Maßgabe der Schuld proportional strafen, im anderen Falle von Schuld absehen und den Sicherungszweck zugrunde legen[1])? Genug, die Straf-

---

[1]) Darüber täuscht sich namentlich Lucas, wenn er — Bl. f. R.Anwendg. 72 129 — ausführt, der Gesetzgeber brauche den Strafzweck nicht zu erkennen zu geben. Der Sache nach steht übrigens

zumessungstätigkeit würde in ärgste Planlosigkeit und Ratlosigkeit auslaufen. Ein Beispiel: X hat den Y mit einem Messer in den Arm gestochen. Kann der Richter den Umstand, daß in der Gegend Messerstechereien bedrohlich grassieren, als schärfend in die Wagschale werfen? Vom Vergeltungsstandpunkte aus offenbar nur dann, wenn der Täter sich der allgemeinen Unsitte, zum Messer zu greifen, bewußt war, für ihn also eine besondere Hemmungsvorstellung gegeben war. Dagegen läßt sich die besondere Gefährlichkeit

Lucas trotzdem auf dem hier verfochtenen Standpunkt. Denn er betont selbst a. a. O. 132, daß sich die Strafe nur nach der Schuld richten kann, und sichernde Maßnahmen, die nicht in der Schuld wurzeln, keine Strafen sind; damit proklamiert er unzweideutig das Strafrecht als Vergeltungsrecht. Was er an „Zugeständnissen" der klassischen Richtung gegenüber der modernen Richtung für möglich hält, sind nichts weniger als „Zugeständnisse", sondern teils neben dem Strafrecht stehende Sätze, die auf — sehr berechtigte — Sicherungsmaßregeln hinauslaufen, teils Sätze, die das Strafübel zugleich den Präventionsinteressen dienstbar machen wollen, teils sogar (dies gilt für das, was Lucas über die geistige Minderwertigkeit sagt) Sätze, die gerade das Maß der Schuld als maßgebend für die Strafe besonders energisch betonen. Lucas wird mit mir darin einverstanden sein, daß in das Gesetz keine Maßregel hineinkommen darf, hinsichtlich deren Voraussetzungen und Maß im Unklaren bleiben. Und da Voraussetzungen und Maß notwendig von Charakter und Zweck der Maßregel abhängig sind, so kann die Stellungnahme des Gesetzes zu dem Streit der Theorien praktisch gar nicht umgangen werden. Das habe ich in der Zeitschr. f. Str.R.Wiss. 26 695 gegen die Ausführungen von Lucas in der Deutschen Juristenzeitung 11 28 betont. Und ich denke, daß Lucas unbedenklich den Gesetzgeber, der sich, um dem Schulenstreit völlig auszuweichen, über Voraussetzungen und Maß der angeordneten Maßregeln keine Rechenschaft gäbe und deshalb diese Punkte im Unklaren ließe, mit mir „unwissend" und „grundsatzlos" schelten würde.

des Täters auch dann bejahen, wenn nur objektiv die Messerstechereien im Zuge der Zeit liegen, ohne daß der einzelne Täter sich dessen bewußt war.

Umgekehrt die Polizei wird, wenn das Gesetz sich darauf beschränkt, sogenannte Strafen aufzuzählen, ohne zu sagen, ob sie Repressiv- oder Präventivmaßregeln sein sollen, zwar annehmen, daß alle als „Strafe" ausgeprägten Vorbeugungsmittel für sie ein noli me tangere sind, so daß, wenn kein „Verbrechen" vorliegt, und der Strafrichter bei seinem Herumtasten zu der Auffassung gelangt ist, daß er ohne solches nicht „strafen" dürfe, diese Maßregeln auch dann glatt ausfallen, wenn sie sich zu Präventivzwecken dringend empfehlen. Aber die Polizei wird andererseits ganz im Unklaren darüber bleiben, ob bei Gegebensein eines Verbrechens nur der Strafrichter und dieser nur die „Strafen" verhängen könne, oder ob auch sie zu vorbeugendem Einschreiten mittels anderer geeigneter Verhütungsmittel befugt sei.

So würde nicht allein Ungleichheit in der Rechtsauffassung und demgemäß Rechtsanwendung heraufbeschworen sein, sondern auch Klagen über mangelhafte Rechtsanwendung einerseits, Übergriffen andererseits Tür und Tor geöffnet sein.

Hätte sich aber selber das für die Anordnung der Maßregel berufene Staatsorgan schlecht und recht mit derlei Skrupeln abgefunden und „Strafe" verhängt, so wälzte sich nunmehr die Verantwortung über auf die Strafvollstreckungs- und Vollzugsorgane. Sie stünden vor dem gleichen Rätsel, wie zuvor das Anordnungsorgan. Was sollen sie tun? Sollen sie prinzipiell den Geist der Strenge oder den der Milde walten lassen? Sollen sie z. B. bei Festhaltung in lebens-

länglicher Unfreiheit Vergünstigungen nur insoweit gewähren, daß sich der Ernst des Übels nicht verflüchtigt, oder sollen sie lediglich bedacht sein, den Häftling unschädlich zu machen, ihm aber im Übrigen alle erdenklichen Vergünstigungen zugestehen? Sollen sie das verhängte Übel unter allen Umständen realisieren und dem Verurteilten verwehren, durch freiwilliges Aufsichnehmen eines anderen für die Prävention gleich wirksamen oder noch durchgreifenderen Übels der „Strafe" zu entgehen, oder sollen sie einer derartigen Wahl eines andern Übels Vorschub leisten[1]? Wie sollen sie sich verhalten, wenn Strafaufschub mit der Begründung erbeten wird, die alsbaldige Vollziehung würde „außerhalb des Strafzwecks liegende Nachteile" im Gefolge haben (vgl. StPO. § 485)? Was sollen sie unter „Strafzweck" verstehen? Vielleicht verweist man sie hierfür einfach auf den Geist, in dem der Anordnende die Maßregel verhängt hat. Aber wie, wenn dieser wohlweislich diesen „Geist" nicht zu erkennen gegeben hat? oder erwartet man vielleicht eine Antwort auf alle diese Fragen von dem künftigen Reichs-Strafvollzugsgesetz? Ja kann denn dieses den Strafvollzug überhaupt regeln, wenn man im Unklaren daüber ist, was die Strafe leisten soll?

So würde, wenn der Reichsgesetzgeber nicht zu der Frage nach der Grundlegung des Strafrechts prinzipielle und bestimmte Stellung nähme, auch auf dem Gebiete des Strafvollzugs notwendig die größte Rechtsungleichheit einreißen. Was heute schon so tief beklagt wird, daß das Zuchthaus in X. ein Eldorado für die Insassen ist und einen „beliebteren" Aufenthalt

---

[1]) Vgl. oben S. 91.

darstellt, als das Zuchthaus in Y oder sogar das Gefängnis in Z., das würde zum System erhoben werden.

Der Weg, der dem neuen Strafgesetzbuch klar vorgezeichnet ist, ist sonach der: es kann und darf in vollem Umfang nur ein Vergeltungsgesetzbuch sein. Und das wird es im Prinzip ja auch zweifellos sein. Denn schwerlich wird man das Requisit einen begangener Tat, das Requisit der Schuld, das Requisit der Proportionalität von Schuld und Sühne fallen lassen, ja man wird sicher auch sogar den Satz beibehalten, daß nur die Verwirklichung der im Gesetz ausgemeißelten Tatbestände zur Strafe führen kann. Dann aber ist das Strafrecht Vergeltungsrecht.

Möglich, daß bei Gelegenheit der Strafgesetzgebung auch noch „Sicherungsmaßregeln" festgestellt werden (Unterbringung in Trinkerasylen, in Erziehungs-, in Pflege- und Zuchtanstalten für geistig Minderwertige, Verwahrungsanstalten gegen Rückfällige usw.[1]). Geschieht das, so ist dringend zu fordern einmal, daß sie völlig getrennt von den Strafen gehalten, am besten in ein besonderes Gesetz verwiesen, äußerstenfalls etwa in den Anhang des StGB. eingestellt werden; sodann daß bei ihnen ausdrücklich ausgesprochen wird, daß sie von den Voraussetzungen der Vergeltung unabhängig sind und ihr Maß sich aus der Erprobung im konkreten Fall zu ergeben hat; endlich daß klargestellt wird, ob und inwieweit andere Verhütungsmaßregeln ausgeschlossen sein sollen.

Hinsichtlich des auf Verhängung solcher Sicherungsmaßregeln

---

[1]) Vgl. z. B. Oba, Unverbesserliche Verbrecher und ihre Behandlung 1908 (mit sehr klarer Auseinanderhaltung der Strafe und der Sicherungsmaßregeln).

abzielenden Verfahrens ergäbe sich dann noch das Postulat einer deutlichen Normierung, ob und inwieweit etwa die prävenierende Tätigkeit dem Richter unter Ausschluß einer Kompetenz der Verwaltung übertragen sein solle. Für solche richterlich zu handhabende Sicherungsmaßregeln wäre dann auch ein eigenes Verfahren in der Weise aufzustellen, daß die Prozedur im konkreten Falle zwar, wenn ein Strafprozeß schwebt, mit diesem äußerlich verbunden werden kann, daß sie aber auch für sich allein, ohne Strafprozeß (dies besonders, wenn eine abzuurteilende Tat gar nicht vorliegt), vor und nach einem solchen durchgeführt werden kann.

Die scharfe Auseinanderhaltung von Strafrecht und Vorbeugungsbekämpfungsrecht, wie wir sie aus inneren Gründen postuliert haben, wird übrigens, was soviel ich sehe bisher noch nicht beachtet worden ist, auch aus einem äußeren staatsrechtlichen Grunde zur Notwendigkeit. Nach Art. 4 [13] der Reichsverfassung ist nämlich das Reich zwar zur Strafgesetzgebung kompetent; dagegen ist die Polizeigesetzgebung mit gewissen in Art. 4 RVerf. aufgeführten Ausnahmen Sache der Einzelstaaten. „Strafrecht" im Sinne des Art. 4 [13] ist nun aber unzweifelhaft nur das Vergeltungsrecht, nur der Rechtsteil, der die repressiven Rechtsfolgen geschehener Verbrechen regelt. Wohl kann das Reich diese Rechtfolgen so einrichten, daß sie zugleich präventive Dienste tun. Sobald das Reich dagegen ein geschehenes Verbrechen lediglich als Symptom vorhandener Gefährlichkeit ins Auge fassen und prophylaktische Maßregeln gesetzlich fixieren wollte, beträte es den Boden der Sicherheitspolizei, da, wie oben gezeigt, diese die Interessensicherung in vollem Umfang umfaßt, unangesehen ob deren

Notwendigkeit im konkreten Falle durch ein schon geschehenes Verbrechen dokumentiert oder aus anderen Symptomen zu erschließen ist. Um präventivgesetzgeberisch vorzugehen, bedürfte das Reich demnach, soweit nicht die in Art. 4 der RVerf. genannten Zweige der Polizei in Frage stehen, eines verfassungändernden Reichsgesetzes, das die Kompetenz dem Reiche überträgt.

Man darf hiergegen nicht den Einwand erheben: das Reich habe ja schon heute verschiedene verwaltungsrechtliche Folgen (Einziehung, Unbrauchbarmachung, Polizeiaufsicht, Überweisung an die Landespolizeibehörde) an begangene Verbrechen geknüpft und damit authentisch kundgegeben, daß das „Strafrecht" im Sinne des Art. 4[13] RVerf. auch Präventivmaßregeln post delictum commissum umfasse. Denn der nichtkriminelle Charakter dieser Maßregeln war seinerzeit noch nicht klar erkannt, wie ihnen denn auch heute noch von zahlreichen Autoren Strafcharakter beigelegt wird. Heute müssen alle diejenigen, die ihren nichtkriminellen Charakter erkannt haben, notwendig anerkennen, daß das Reich durch ihre Regelung seine Gesetzgebungskompetenz überschritten hat. Dessen ungeachtet kann man zwar die Giltigkeit der einschlägigen reichsrechtlichen Bestimmungen verfechten, weil das vitium dadurch geheilt worden ist, daß sich die reichsrechtliche Grundlage unangefochten tatsächlich behauptet hat. Damit sind aber eben auch nur die damaligen konkreten Übergriffe der Reichsgesetzgebung saniert. Der Schluß, daß das Reich die Gesetzgebungskompetenz für sicherheitspolizeirechtliche Verbrechensfolgen in abstracto gewissermaßen ersessen habe, ist unmöglich. Wird die alte Reichsgesetzgebung über Einziehung usw. beseitigt, so

hat man nunmehr die in Art. 4[13] RVerf. gezogenen Grenzlinien selbstverständlich streng einzuhalten.

Auch der Umstand vermag eine Legitimation des Reichs zu künftiger Einbeziehung verwaltungsrechtlicher Verbrechensfolgen in das „Strafrecht" nicht zu rechtfertigen, daß bisher eine systematische Landesgesetzgebung, die die nach begangenen Verbrechen erforderliche Prävention regelte, ausgeblieben ist. Diese Erscheinung erklärt sich nicht zum wenigsten aus der irrigen Vorstellung, als sei schon die Strafe eo ipso genügend, um gleichzeitig die Präventionsbedürfnisse zu befriedigen. Sodann sind der Landesgesetzgebung gerade in der hier interessierenden Richtung dadurch sehr wesentliche Schranken gezogen, daß die Verfassungsurkunden Eingriffe in die persönliche Freiheit usw. mehr oder weniger verbieten. Endlich ist regulär die Polizeigesetzgebung meist so abstrakt gehalten, daß sie ohne Weiteres der Verwaltung erlaubt, auch post delictum commissum einzuschreiten, um weiteren Schädigungen vorzubeugen (vgl. z. B. Preuß. ALR. II 10, § 17). So schreiten die Sicherheitsorgane auf Grund ihrer allgemeinen landesrechtlich ihnen verliehenen Befugnisse z. B. bei Volksaufläufen ein, um die Menge auseinanderzutreiben; nehmen dem fortgesetzt um sich schlagenden Wüterich die Waffe ab; stopfen dem Schreier einen Knebel in den Mund usw., alles das durchaus nicht bloß in den Grenzen der „Notwehr" im technischen Sinne. Schon darin zeigt sich, daß dem Landesrecht keineswegs die Vorstellung vorschwebt, als sei seine Polizeigesetzgebungskompetenz auf die Präventionsfälle beschränkt, in denen ein begangenes Verbrechen noch nicht vorliegt. Zum Überfluß kommt dazu noch, daß es auch et-

liche Landesgesetze gibt, die sich direkt mit Vorbeugungsmaßregeln pro futuro post delictum commissum befassen (Inhaftnahme usw.).

Es ist also sicher, daß, wie die Dinge heute liegen, die gesamte Verbrechensverhütung mit Ausschluß nur der in Art. 4 RVerf. speziell genannten Polizeizweige auch da Sache der einzelstaatlichen Gesetzgebung ist, wo ein begangenes Verbrechen die Notwendigkeit präventiven Einschreitens enthüllt. Ob das erwünscht ist, ist eine andere Frage. Ich für meinen Teil würde sie verneinen. Aber von dem gegenwärtigen Rechtszustande wäre verfassungsrechtlich nicht anders als vermittelst einer vorgängigen Erweiterung der Reichsgesetzgebungsgewalt loszukommen.

Sollte es nun wirklich nicht denkbar sein, daß das kommende Gesetzbuch den im Vorstehenden entwickelten Postulaten genügte? Sollte es, wie v. Liszt meint[1]), „ganz ausgeschlossen sein, daß ein einseitiges, im Sinne der einen oder anderen Richtung gehaltenes Strafgesetzbuch durch Mehrheitsbeschluß des Reichstags dem deutschen Volke gegeben (v. Liszt sagt „aufgedrängt") würde"? Sollte es richtig sein, daß uns „davor der gesunde Sinn des deutschen Volkes schütze"[2])?

Wir meinen: der gesunde Sinn des deutschen Volkes verlangt nach einem wirklichen Strafgesetzbuch und außerdem nach einer schneidigen Präventivgesetzgebung gegen das Verbrechertum, die zugleich die nötigen Kautelen gegen Mißbrauch gewährt. Was der gesunde Sinn des deutschen Volkes aber

---

1) Ztschr. f.Str.R.W. 27 220.

2) v. Liszt das. 221.

entschieden ablehnt, das ist eine Gesetzmacherei, die einen häßlichen Wechselbalg gebiert, in strafrechtlicher und in präventivrechtlicher Hinsicht zugleich hinkt und so unklar und verworren ist, daß die vielgehaßten juristischen Kontroversen siegreich und endlos das Feld behaupten müssen, und das Gesetz deshalb traurig Fiasko macht. Es ist dringend geboten, daß die nun einmal bestehenden Gegensätze nicht verhüllt, sondern scharf herausgestellt und erkannt werden. Vogel-Strauß-Politik hat nie gut getan.

Ist erst einmal mit dem unseligen Wahn gebrochen, als bedeute das Festhalten am Vergeltungsstrafrecht einen Verzicht auf die Verbrechensverhütung, die dieses nun einmal nicht leisten kann und will, ist erst klar erkannt, daß gerade erst die innerlich geschlossene Ausprägung des Strafrechts als reinen Vergeltungsrechts eine systematische Bekämpfung des Verbrechertums durch das daneben zu stellende Präventivrecht ermöglicht, so werden auch alle grimmigen Anfeindungen des Vergeltungsrechts und die Versuche, dem Strafrecht wenigstens präventivrechtliche Gesichtspunkte einzuimpfen, aufhören. Man darf getrost sagen, daß neben dem Mißverständnis, als sei die staatliche Vergeltung der teleologisch-praktischen Begründung bar, vor allem das andere Mißverständnis, als mache man mit dem Vergeltungsstrafrecht dem Vorbeugungsrecht den Garaus, den unheilvollen Schulenstreit verschuldet und dem „Präventionsstrafrecht“ Anhänger zugeführt hat. Dabei haben jene Denker, die uns das kommende Verbrechen als den ernstlich zu bekämpfenden Feind gezeigt haben, das hohe Verdienst, das sie sich durch ihre Warnungsrufe erworben haben, mutwillig selbst geschmälert, wenn sie die Unbegreiflichkeit verlangen, daß der

Staat erst nach einem begangenen Verbrechen Vorkehrungen zur Verhütung weiterer Schädigungen treffen solle. Wie viel reiner strahlte ihr Ruhm, wenn sie sich, statt als Flibustier einen Eroberungszug in das Strafrecht zu unternehmen und, um dort ihre Herrschaft zu sichern und ihr Usurpatorenregiment mit einem gewissen Schein von Legitimität zu umkleiden, prinziplose Anpassung an die in dem unterjochten Lande hergebrachten Anschauungen zu suchen, ihr Betätigungsfeld dort geschaffen hätten, wo sie ohne Schwertstreich friedliche Eroberungen machen konnten und dabei nichts von ihrer Eigenart aufzugeben brauchten!

Ausblick.

§ 11.

Im relativistischen Lager wird heute vielfach prophezeit, daß die weitere Kultur- und Rechtsentwicklung mehr und mehr zu einer Zurückdrängung bis zur schießlichen Beseitigung des Vergeltungsrechts führen werde. Begründet wird dieses Seherwort damit, daß die Vergangenheit ein Abschwellen des Vergeltungsgedankens unter gleichzeitigem Erstarken des Präventionsgedankens in typischen evolutionistischen Stufen erkennen lasse.

So mißlich nun auch derartige Zukunftserwartungen sind, weil wir nie die Faktoren kennen, die mitsprechen werden, und rückläufige Bewegungen uns überraschen können, so mag doch unterstellt werden, die Entwicklung werde sich „in der bisherigen Richtung" weiter entwickeln. Wird dann das Strafrecht allmählich abdanken?

Unzweifelhaft ist, daß sich die heutige Generation mehr als ihre Urväter darauf besonnen hat, daß die Verbrechensverhütung eine eminent wichtige Aufgabe des Staates ist. Wie in der medizinischen Wissenschaft die Hygiene und die Diätetik in den Vordergrund getreten sind, so in der Gesetzgebungspolitik die Prophylaxe. Man mag auch zugeben, daß sich die letztere als Ganzes genommen speziell in ihrem Verhältnis zur Bestrafung geschehener Taten einer steigenden Wertschätzung erfreut, seit Beccaria es aussprach, daß „meglio è prevenire i delitti che punirli".

Aber daß das bisher auf Kosten des Strafrechts als Vergeltungsrechts geschehen sei, davon finde ich keine Spur. Die Parole war niemals: wir wollen weniger vergelten und mehr verhüten; sondern: wir wollen vergelten und noch mehr verhüten. Im Gegenteil: die Zahl der Tatbestände, deren Verwirklichung unter Strafe steht, hat gewaltig zugenommen. Die echten rechten „Strafgesetze" — die schuldhafte Tat und proportionale Sühne fordern — sind heute nicht mehr zu zählen; es herrscht eine wahre Flut von Strafgesetzen und jedes Jahr bringt deren neue, so daß sich nicht ohne Grund die Klage über eine Überspannung der staatlichen Strafgewalt erhoben hat. Zurückgegangen ist der Vergeltungsgedanke nur insofern, als er nicht mehr im Kantschen Sinne, sondern staatsteleologisch gefaßt wird, so daß die Straflosigkeiten bei bestehender Vergeltungsmöglichkeit — in der Form von Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründen usw. — mehr zum Worte kommen, daß die Tendenz auf „Herabdämpfung der Strafwut" (Laas) geht. Dagegen ist hinwiederum die Vergeltungsidee in allem Wandel unverrückt dieselbe geblieben.

Und daß sie je „zurücktreten" werde, ist füglich zu bezweifeln, so lange nicht ethische Anschauungen Platz greifen, die von unseren heutigen und seitherigen vollständig abweichen[1]; für solchen Wandel der ethischen Grundauffassung liegen bislang jedenfalls keine Anzeichen vor.

Nur soviel ist denkbar, wahrscheinlich und wünschenswert, daß die Vergeltung als Staatsaufgabe einige Pflöcke zurückstecke, d. h. daß in Zukunft die Beibehaltung alter und der

---

[1]) Oben S. 22.

Erlaß neuer auf Strafbarkeit lautender Bestimmungen, insbesondere auch die Aufstellung neuer Verbrechenstypen, erst der schärfsten Prüfung nach der Richtung hin unterzogen werde, ob die Staatsautorität die Vergeltung erheischt, und daß unter dem gleichen Gesichtspunkt die Strafbefreiungsgründe aller Art ihr Gebiet erweitern. Je imponierender ein Staat ohnehin dasteht, um so sparsamer wird er mit Vergeltungsübung sein können. Und an dieser Stelle ist eine Wechselbeziehung zwischen Präventivtätigkeit und Strafrecht zu konstatieren.

Je hilfloser ein Staat den kommenden Verbrechen gegenübersteht, um so mehr werden die Buben seiner spotten, und um so mehr muß er darauf bedacht sein, die Zügel des Strafrechts scharf anzuziehen. Je tadelloser umgekehrt der Apparat der Prophylaxe arbeitet, um so mehr kann der Staat den gelegentlich durchschlüpfenden Verbrechen gegenüber ein Auge zudrücken. In diesem Sinne kann man dann auch die Prognose stellen, daß das Strafrecht der Zukunft schmächtiger sein werde — vorausgesetzt, daß man annimmt, daß die Fortschritte der menschlichen Erkenntnis in Wissenschaft und Technik in fortschreitendem Maße mehr dem wachsamen Staate als dem Einzelnen in ihrem Kampfe gegen den Staat zugute kommen werden.

Und käme es je dahin, daß der Staat eine so eiserne Hand und einen so tadellos funktionierenden Verhütungsapparat besäße, daß er die Verbrechen stets im Keime erstickt, dann hätte für das Strafrecht die letzte Stunde nicht nur deshalb geschlagen, weil alle Verbrechen faktisch verschwunden wären, sondern auch ein derartiger Idealstaat nicht nötig hätte, auf

Wahrung seiner Autorität noch besonders bedacht zu sein, sondern die absolute Knebelung des Verbrechertums für ihn einen Triumph darstellte, der ihn auf die Respektsgefühle der Menge verzichten lassen könnte. Aber mit diesem „Wenn" hat es einen Haken: der Zeitpunkt, in dem dieser verführerisch schöne „Zug in das gelobte Land" sein Ziel erreicht hätte, wird leider nie kommen, so lange „der Staat" nur über menschliche Kraft und Einsicht verfügt und diese unvollkommen bleiben!

Literatur.

Appelius, Ztschr. f. Str.R.Wiss. 12 1.
Aschaffenburg, Das Verbrechen und seine Bekämpfung [2] 1906.
— Gefängnis oder Irrenanstalt 1908.
v. Bar, Handbuch des Strafrechts 1 1882.
— Probleme des Strafrechts 1896.
— Die Reform des Strafrechts 1903.
— Gesetz und Schuld im Strafrecht 1906.
Beling, Strömungen und Bestrebungen bei Herstellung eines deutschen Strafgesetzbuchs, Deutsche Monatsschrift 3 173.
— Grundzüge des Strafrechts 3 1905.
Benedikt, Ztschr. f. Str.R.Wiss. 5 451 ff.
Bennecke, Die Ausbildung des Richters im Gefängniswesen 1895 (auch in den Jahrbüchern für Krim.-Politik u. innere Mission Bd. 1).
Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts [18] 1898.
Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrecht 1903.
— System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 5 1907.
Bierling, Juristische Prinzipienlehre 3 1905.
Binding, Die Normen und ihre Übertretung 1 [2] 1890, 2 1877.
— in Grünhuts Zeitschrift 4 417 ff.
— Handbuch des Strafrechts 1 1885.
— Grundriß des deutschen Strafrechts, Allgem. Teil [7] 1907.
Birkmeyer, Was läßt v. Liszt vom Strafrecht übrig? 1907.
— in Goltd. Arch. 48 67 ff.
— im Ger.-Saal 67 401 ff.
— Grundriß zur Vorlesung über das deutsche Strafrecht [7] 1908.
— Schutzstrafe und Vergeltungsstrafe (Münchener Vortrag) 1906.
— Strafe und sichernde Maßnahmen 1907.
— in der Krit. Vierteljahresschrift, 3. Folge 10 76.

Bonucci, L'orientazione psicologica dell' etica e della filosofia del diritto 1907.
v. Buri, Ztschr. f. Str.R.Wiss. 4 169ff.
Büttner im Ger.-Saal 56 291.
van Calker in den Verhandlungen des 26. deutschen Juristentages 2 237.
— Strafrecht und Ethik 1897.
— Politik als Wissenschaft 1898.
— Vergeltungsidee und Zweckgedanke im System der Freiheitsstrafen 1899.
— Gesetzgebungspolitik und Rechtsvergleichung 1908.
— in der Deutschen Juristen-Ztg. 2 26.
Cathrein, Grundbegriffe des Strafrechts 1905.
Dahn, Rechtsphilosophische Studien 1883.
Dohna, Graf zu, Mon.-Schr. f. Krim.-Psychol. 5 65.
Drews, Die Reform des Strafrechts und die Ethik des Christentums 1905.
Ferri, Das Verbrechen als soziale Erscheinung, übers. v. Kurella 1896.
— I nuovi orizzonti del diritto ... penale [2] 1884.
Finger, Begründung des Strafrechts vom deterministischen Standpunkt 1887.
— Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1904.
— in den Verhandlungen des 29. deutschen Juristentages 2 42ff. 1908.
Frank, Freiheitsstrafe, Deportation und Unschädlichmachung 1895.
— Ztschr. f. Str.R.Wiss. 18 733.
— Vergeltungsstrafe und Schutzstrafe 1908.
Freudenthal, Ztschr. f. Str.R.Wiss. 27 130ff.
Fuhr, Strafrechtspflege und Sozialpolitik 1892.
Gennat, Das Strafensystem und seine Reform 1905.
Günther, Idee der Wiedervergeltung 1889ff.
Hafter, Schweizer. Ztschr. f. Str.R. 17 211.
Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht 1 1881.
Heimberger, Der Begriff der Gerechtigkeit 1903.
Heinze in v. Holtzend. Hdb. des Strafr. 1.
Heymans in Avenarius Vierteljahresschr. f. wissenschaftl. Philosophie 7 439ff., 8 95ff., 193ff., 341ff., 438ff.

v. Hippel, Strafrechtsreform und Strafzwecke 1907 (auch in den Preuß. Jahrbüchern 127 409).
Högel, Straffälligkeit und Strafzumessung 1897.
Hrehorowicz, Grundfragen und Grundbegriffe des Strafrechts 1880.
Janka, Grundlagen der Strafschuld 1885.
Jellinek, Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe 1878.
v. Jhering, Der Zweck im Recht [4] 1904.
Kahl, Verhandlungen des 14. evang.-soz. Kongresses 94ff. 1903.
— in den Verhandlungen des 26. deutschen Juristentages Bd. 3 210.
— Das neue Strafgesetzbuch 1907.
Kerler, Die Idee der gerechten Vergeltung in ihrem Widerspruch mit der Moral 1908.
Kitzinger, Die Internationale Kriminalistische Vereinigung 1905.
Kleinfeller, Die Bekämpfung des Verbrechens, in Goltd. Arch. 37 257.
Klippel, Ztschr. f. Str.R.Wiss. 10 534ff.
Köhler, Reformfragen des Strafrechts 1903.
Kohler, Das Wesen der Strafe 1888.
— Moderne Rechtsprobleme 1907.
Kohlrausch, Mon.-Schr. f. Krim.-Psychol. 1 16.
— Über deskriptive und normative Elemente im Vergeltungsbegriff des Strafrechts 1904.
Kollmann, Der symptomatische Verbrechensbegriff, Ztschr. f. Str.R.-Wiss. 28 449.
Kraepelin, Mon.-Schr. f. Krim.-Psychol. 3 257ff.
— Die Abschaffung des Strafmaßes 1880.
— Das Verbrechen als soziale Krankheit (Münchener Vortrag) 1906.
Kraus, Schweizer. Ztschr. f. Str.R. 10 290ff.
Laas in Avenarius Vierteljahresschr. f. wissenschaftl. Philosophie 5 137ff., 296ff., 448ff., 6 187ff., 295ff.
Laistner, Das Recht in der Strafe 1872.
Lammasch, Ger.-Saal 44 144ff.
— Ztschr. f. Str.R.Wiss. 9 423, 15 633ff.
Lasson, System der Rechtsphilosophie 1882.
Liepmann, Einleitung in das Strafrecht 1900.
— Ztschr. f. Str.R.Wiss. 17 689ff., 28 1ff.
— in der Deutschen Juristen-Ztg. 9 93.

v. Lilienthal, Ztschr. f. Schweizer. Str.R. 2 1ff.
— Ztschr. f. Str.R.Wiss. 15 97ff., 260ff., 20 440.
Lipps, Der Begriff der Strafe (Münchener Vortrag) 1906.
v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge 1905.
— Lehrb. des deutschen Strafrechts 16/17 1907.
— Ztschr. f. Str.R.Wiss. 3 1, 8 134ff., 13 325, 20 161, 23 203, 27 213ff.
— Vergeltungsstrafe und Schutzstrafe 1906.
— in der Deutschen Juristen-Ztg. 8 539.
Lombroso, Ursachen und Bekämpfung des Verbrechens, übers. v. Kurella u. Jentsch 1902.
Löning, R., Über die Begründung des Strafrechts 1889.
Lucas, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis, Zweiter Teil 2 1907.
— in den Blättern für Rechtsanwendung 72 129.
Maier, Heinr., Psychologie des emotionalen Denkens 1908.
Makarewicz, Ztschr. f. St.R.Wiss. 17 590ff.
— Das Wesen des Verbrechens 1896.
— Einführung in die Philosophie des Strafrechts 1906.
v. Massow, Blätter f. Gef.-Kunde 29 3.
Merkel, Ad., Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1889.
— Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht 1892.
— Fragmente u. Abhandlungen 1899.
Meyer, Hugo im Ger.-Saal 10 1.
Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 6 1907.
Mittelstädt, Ger.-Saal 46 237ff., 287ff., 47 1ff.
Mittermaier, W., Ztschr. f. Schweizer. Str.R. 14 141ff.
Nagler im Ger.-Saal 70 6.
Netter, Das Prinzip der Vervollkommnung als Grundlage der Strafrechtsreform 1900.
Oba, Shigema, Unverbesserliche Verbrecher und ihre Behandlung 1908.
Ötker, Ztschr. f. Str.R.Wiss. 17 493ff.
— Strafe und Lohn 1907.
Pfenninger, Der Begriff der Strafe 1877.
Radbruch in der Mon.-Schr. f. Krim.-Psychol. 5 1.
v. Rohden, Wesen der Strafe im ethischen und strafrechtlichen Sinne 1905.

v. Rohland in der Deutschen Juristen-Ztg. 8 486.
Rosenfeld, Welche Strafmittel können an die Stelle kurzzeitiger Freiheitsstrafen gesetzt werden? 1890.
Rümelin, Gust., Kanzlerreden 1907.
Schmidt, Rich., Aufgaben der Strafrechtspflege 1895.
Seber, Gründe und Zwecke der Strafe 1876.
Seeger, Die Strafrechtstheorien Kants und seiner Nachfolger 1892.
Seuffert, Herm., Was will, was soll, was wirkt die staatliche Strafe? 1897.
— Die Bewegung im Strafrechte während der letzten 30 Jahre 1901.
— Ein neues Str.Ges.Buch für Deutschland 1902.
— in den Verhandlungen des 21. deutschen Juristentages 1 246ff.
v. Sichart, Mon.-Schr. f. Krim.-Psychol. 4 270.
— in der Ztschr. f. Str.R.Wiss. 27 552.
Sommer, Kriminalpsychologie 1904.
Stammer, Mon.-Schr. f. Krim.-Psychol. 4 613.
Stammler, Die Lehre vom richtigen Recht 1902.
Stenglein im Ger.-Saal 49 139ff.
Stern, Jaques, Ztschr. f. Str.R.Wiss. 24 35ff.
Stern, Wilh., Kritische Grundlegung der Ethik als posit. Wissenschaft 1897.
Sternau, Eine Strafrechtstheorie 1893.
Stooß, Der Kampf gegen das Verbrechen 1894.
— im Arch. f. Krim.-Anthropol. 14 203.
— Schweizer. Ztschr. f. Str.R. 7 269, 9 417, 14 385, 17 1, 18 1, 167.
— in der Deutschen Juristen-Ztg. 8 517.
Tarde, Philosophie pénale [5] 1900.
Tesař, Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens 1907.
Thomsen, Kriminalpolitische Bekämpfungsmethoden 1893.
— Grundriß des deutschen Verbrechensbekämpfungsrechts 1905.
— Das deutsche Strafrecht 1906/07.
— Ztschr. f. Str.R.Wiss. 27 696ff.
Torp, Ztschr. f. Str.R.Wiss. 28 321.
Ullmann im Ger.-Saal 34 29.
Vargha, Abschaffung der Strafknechtschaft 1896.
Vocke in der Ztschr. f. Str.R.-Wiss. 28 823.

Wach, Die Reform der Freiheitstrafe 1890.
— Die kriminalistischen Schulen und die Strafrechtsreform 1902.
Wachenfeld in v. Holtzend.-Kohlers Enzyklopädie 2 239, 1904.
Willert, Ztschr. f. Str.R.Wiss. 2 473ff.
Wundt, Ethik 3 Bd. 2 1903.
Wüst, Die sichernden Maßnahmen im Entwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch 1904.
— in der Schweiz. Ztschr. f. Str.R. 21 1.
Zucker, Über Kriminalität, Rückfall und Strafgrund 1907.
Zürcher, Die neuen Horizonte im Strafrecht 1892.

Druck von Breitkopf & Härtel in Leipzig.

KRITISCHE BEITRÄGE ZUR STRAFRECHTSREFORM
HERAUSGEGEBEN UNTER MITWIRKUNG VERSCHIEDENER GELEHRTER VON
PROF. DR. BIRKMEYER, MÜNCHEN, UND PROF. DR. NAGLER, BASEL
ERSTES HEFT

DIE VERGELTUNGSIDEE UND IHRE BEDEUTUNG FÜR DAS STRAFRECHT

VON

DR. ERNST BELING



LEIPZIG
VERLAG VON WILHELM ENGELMANN
1908

Druck von Breitkopf & Härtel in Leipzig.









